

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ  
SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS**

**LUCIANA MAYUMI SAKUMA**

**OS POVOS INDÍGENAS E O DIREITO: UMA ANÁLISE SOBRE A REGULAÇÃO  
JURÍDICA DO CONHECIMENTO TRADICIONAL ASSOCIADO À  
BIODIVERSIDADE**

**CURITIBA  
2009**

**LUCIANA MAYUMI SAKUMA**

**OS POVOS INDÍGENAS E O DIREITO: UMA ANÁLISE SOBRE A REGULAÇÃO  
JURÍDICA DO CONHECIMENTO TRADICIONAL ASSOCIADO À  
BIODIVERSIDADE**

Monografia apresentada pela aluna Luciana Mayumi Sakuma sob orientação da professora Tatyana Scheila Friedrich como requisito parcial à conclusão do curso de Direito da Universidade Federal do Paraná em 2009.

Orientadora: Professora Doutora Tatyana Scheila Friedrich

**CURITIBA**

**2009**

Aos meus pais que sempre incentivaram ao máximo meus estudos.

Ao João que incansavelmente escutou minhas dúvidas e angústias relacionadas à monografia.

## RESUMO

A crença de que os povos indígenas eram povos transitórios e que logo se integrariam à sociedade foi o traço marcante das políticas dos Estados Modernos. Apenas com a afirmação de direitos coletivos, como o do consumidor, direito da coletividade ao meio ambiente, tornou-se possível pensar também em direitos coletivos dos povos indígenas. Se antes a política estatal visava a assimilação destes povos, hoje, a política é pela preservação e o respeito da diversidade. Em que pese o reconhecimento de alguns direitos, há outros direitos que ainda parecem estar invisíveis. É o caso dos direitos intelectuais coletivos sobre seus conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade. É sabido que na biodiversidade estão os princípios ativos para descoberta da cura de inúmeras doenças, assim como a matéria prima para novas tecnologias. Os povos indígenas mantiveram e mantêm com esta biodiversidade uma forte relação, visto que dela sobrevivem. Logo, são eles os maiores *experts* na manipulação desta biodiversidade. Tal fato não passou despercebido às grandes indústrias, que vêm a países megadiversos, entram em contato com as técnicas dos povos para depois patenteá-las e inviabilizar seu uso coletivo, é a chamada biopirataria. Em 1992, os países ricos em biodiversidade fizeram pressão internacional para que fosse feita a Convenção da Diversidade Biológica, que afirma a soberania de cada Estado sobre seus recursos genéticos, assim como estipula que ocorrendo utilização de conhecimento tradicional associado à biodiversidade deve-se fazer uma “repartição justa e equitativa” dos benefícios. Em que pese a Convenção estabeleça de forma geral como se deve ocorrer o acesso à biodiversidade, vem se entendendo que tal mecanismo não tutela verdadeiramente este conhecimento, uma vez que eles não são entendidos como direitos intelectuais dos povos, mas apenas como uma contribuição que deve ser retribuída. Desta forma, alguns estudiosos propõem a feitura de um sistema *sui generis* para proteção de direitos intelectuais coletivos.

Palavras-chaves Direito intelectual coletivo. Conhecimento tradicional associado à biodiversidade. Patentes.

## ABSTRACT

The belief that indigenous people were to be a temporary appearance that would easily be integrated into society was at the heart of Modern State politics. Only with the pronouncement of collective rights, like consumer's rights, and the right of the society to a natural environment, it was possible to also consider the collective rights of indigenous people. If before state politics aimed at the assimilation of indigenous people into general society, nowadays, politics focus to preserve and respect diversity among all groups of the population. Although there is acknowledgement of some rights, there are other rights that are still not recognized yet. It is a scenario that deals with collective intellectual rights on traditional knowledge linked to biodiversity. It is well known that biodiversity provides the foundation for the discovery of cures for many diseases, as well as the raw material for new technologies. Indigenous people always have and continue to maintain a strong relationship with biodiversity since it ensures their survival. Also, they are experts in the handling of this biological resource which has not gone unnoticed by large-scale industry. These industries identify countries that feature a high level of biodiversity in order to acquire the indigenous knowledge on the biological resources in those areas with the aim of patenting and commercializing this knowledge and thus making the collective use of these resources not viable for the local population – a process which is commonly referred to as Biopiracy. In 1992, countries with high biodiversity exerted international pressure to facilitate the formation of the Convention on Biological Diversity which aims to ensure the sovereignty of individual member states over their genetic resources. The Convention also stipulates that the current utilization of traditional knowledge on biodiversity has to entail a just and equitable distribution of the benefits of this knowledge. Although the Convention outlines the general approach to be taken in the utilisation of biodiversity, it is clear that such mechanism does not protect indigenous knowledge entirely. This is due to the fact that indigenous knowledge was not seen as an intellectual right of the indigenous people, but rather as a contribution that has to be remunerated. It is therefore, that some propose the formation of a *sui generis* system that protect collective intellectual rights.

Key-words: intellectual collective rights. Traditional knowledge linked to biodiversity. Patents.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b>	9
<b>1-POVOS INDÍGENAS E O DIREITO</b>	12
1.1 INVISIBILIDADE DOS POVOS PARA O DIREITO	12
1.2 DIREITOS COMEÇAM A SER RECONHECIDOS NO SÉCULO XX	13
1.3 POVOS INDÍGENAS E O DIREITO INTERNACIONAL	15
1.3.1 Convenção 169 da Organização internacional do Trabalho sobre povos indígenas e tribais	18
1.3.1.1 Utilização do termo “povos” e a dificuldades de integração da Convenção 169 da OIT ao direito brasileiro	19
1.3.2 Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas	21
<b>2- CONHECIMENTOS TRADICIONAIS ASSOCIADOS À BIODIVERSIDADE E A BIOPIRATARIA</b>	26
2.1 CONCEITO DE CONHECIMENTO TRADICIONAL ASSOCIADO À BIODIVERSIDADE	26
2.2 BIOPIRATARIA	28
2.3 SISTEMA DE PATENTES	30
2.3.1 Acordos Internacionais e a criação de um sistema internacional de propriedade intelectual	30
2.3.2 Lei 9.279/1996 e sua regulamentação acerca da Propriedade intelectual: conceito de patentes	33
2.3.3 Requisitos para concessão de patentes	34
2.3.4 INADEQUAÇÃO DO SISTEMA DE PATENTES À TUTELA DO CONHECIMENTO TRADICIONAL ASSOCIADO À BIODIVERSIDADE	36
<b>3- REGULAMENTAÇÃO DO ACESSO À BIODIVERSIDADE E AO CONHECIMENTO TRADICIONAL ASSOCIADO: O CONSENTIMENTO PRÉVIO FUNDAMENTADO E A REPARTIÇÃO “JUSTA E EQUITATIVA” DOS BENEFÍCIOS DA BIODIVERSIDADE</b>	38
3.1 CONVENÇÃO DA DIVERSIDADE BIOLÓGICA	38
3.1.1 CDB e seus aspectos mais relevantes em relação ao conhecimento tradicional associado dos povos indígenas	39
3.2 REGULAMENTAÇÃO DA CDB NO BRASIL: A MEDIDA PROVISÓRIA 2.186/2001	43

3.2.1 Principais questões relativas à Medida provisória: competência para autorização do acesso, requisitos para autorização e direitos de propriedade intelectual .....	45
3.2.2 Anteprojeto de Lei da Casa Civil .....	49
3.3 DIFICULDADES NA APLICAÇÃO DA CDB E DA MP .....	51
<b>4- REGIME “SUI GENERIS” DE DIREITO INTELECTUAL COLETIVO DE PROTEÇÃO AO CONHECIMENTO TRADICIONAL ASSOCIADO À BIODIVERSIDADE .....</b>	<b>54</b>
4.1 ARGUMENTOS PARA CRIAÇÃO DE UM REGIME “SUI GENERIS” .....	54
4.2 PRESSUPOSTOS E ELEMENTOS FUNDAMENTAIS PARA A CRIAÇÃO DE UM REGIME “SUI GENERIS” .....	56
4.3 CONVENIÊNCIA ( OU NÃO) DA UTILIZAÇÃO DE REGISTROS E BANCOS DE DADOS .....	59
4.4 CONSEQUÊNCIAS DA ELABORAÇÃO DE UM REGIME “SUI GENERIS” .....	62
<b>CONCLUSÃO .....</b>	<b>64</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....</b>	<b>67</b>

## INTRODUÇÃO

A presente monografia se iniciou pelo interesse em entender como seria possível grandes empresas estrangeiras patentear produtos e processos desenvolvidos pelos povos indígenas brasileiros e pelas comunidades tradicionais. O caso, por exemplo, do registro por uma empresa japonesa da “marca” “cupuaçu” e o requerimento de patentes sobre o processo de fabricação do cupulate, um doce típico da região norte do país, foi ilustrativo desta curiosidade.

No início da pesquisa, imaginava-se que uma análise das leis, em especial do Acordo da OMC – *Trade related aspects of intellectual property rights* (TRIPS) - e da Convenção da Diversidade Biológica (CDB), pudesse fazer compreender como a usurpação narrada acima ocorria. Entretanto, o que se foi descobrindo é que as raízes da questão eram mais profundas. A usurpação ocorre não por uma fraude à lei, mas sim pela inexistência de proteção aos direitos intelectuais coletivos dos povos indígenas. As criações destes povos são desconsideradas pelo atual sistema, havendo apenas formas de retribuí-los através dos chamados contratos de repartição de benefícios.

A tese de doutorado do professor Carlos Frederico Marés de Souza Filho-“ O renascer dos povos indígenas para o direito”- narra as dificuldades em se conferir direitos aos povos indígenas. Segundo o autor, até a Constituição Federal de 1988 a questão indígena fora apagada no Brasil, acreditava-se que a “condição de índio” era transitória e eles seriam integrados à sociedade. Estes povos eram invisíveis ao direito, não se coadunavam com a formatação individualista e contratualista da nossa sociedade. Ali fica claro que, sempre que o direito tenta tratar de questões relativas aos direitos destes povos exporta suas categorias jurídicas impróprias àquele sistema social completamente diverso. Marés bem explicita este fenômeno ao usar a metáfora de um grande balão colorido que deveria ser aprisionado em uma estreita gaveta. O balão colorido conteria o costume e o direito de diversos povos, que não encontram relação com a lógica da sociedade ocidental, a gaveta seria o constructo da ciência jurídica, que tenta classificar e organizar sua



sociedade. Fica evidente que a gaveta fica pequena e inadequada para comportar balão tão leve e colorido.<sup>1</sup>

Na análise da questão da propriedade intelectual, a inadequação do direito estatal à tutela dos direitos dos povos indígenas é evidente. O Acordo TRIPS não possibilita titularização coletiva de um processo patenteado. Logo, se de um conhecimento tradicional associado à biodiversidade obtém-se um produto, não é possível que a comunidade indígena titularizasse o direito à patente. Da mesma forma, a auferição dos benefícios das patentes é temporário, logo se impossibilitaria outras gerações da percepção destes benefícios.

Ainda, mesmo que não se pudesse proteger os direitos intelectuais coletivos dos povos indígenas, pensou-se um sistema que fizesse uma repartição “justa e equitativa” dos benefícios de produtos e processos baseados em conhecimento tradicional associado à biodiversidade. É este o mecanismo utilizado pela Convenção da Diversidade Biológica, que foi regulamentada no Brasil pela Medida Provisória 2.186/2001.

Diante do recorte temático apontado, tentou-se delinear no Capítulo I o longo período de invisibilidade dos povos indígenas para o direito, assim como o surgimento no âmbito internacional da Convenção 169 da OIT e da Declaração das Nações Unidas sobre o direito dos povos indígenas. Tais documentos evidenciam um possível avanço na discussão da questão dos povos indígenas.

Descrita brevemente a dificuldade de se tratar questões relativas aos direitos dos povos indígenas e dado um panorama geral de como vem sendo tratado o tema no âmbito internacional, o segundo capítulo busca apontar um problema específico vivenciados por estes povos: a usurpação do conhecimento tradicional associado. Descreve-se o Acordo TRIPS e a forma como é possível a apropriação do conhecimento tradicional associado através do sistema de patentes.

No capítulo III, mostra-se como a Convenção da Diversidade Biológica tratou do tema do acesso à biodiversidade e do conhecimento tradicional associado. Como se demonstra no capítulo II, tanto a biodiversidade como o conhecimento tradicional

---

<sup>1</sup> SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. O renascer dos povos indígenas para o direito. 1ª. ed. Curitiba: Juruá, 1999.

a ela associado passaram a ser entendidos pelos países ricos e suas indústrias como “bens” a serem protegidos e utilizados sustentavelmente. Entretanto, tais “bens” se localizariam em sua maior parte nos países pobres; logo, foi entendida como necessária a regulamentação deste acesso. No caso específico da regulação do conhecimento tradicional associado à biodiversidade, demonstra-se que se delimitou uma repartição dos benefícios quando fosse possível desenvolver alguma técnica, produto, processo a partir deste conhecimento. A lógica seria a de que se uma indústria explorasse economicamente um processo desenvolvido através conhecimento tradicional, deveria a indústria repartir tais benefícios econômicos com os detentores deste conhecimento.

Por fim, no capítulo IV, foi exposta a idéia de alguns doutrinadores sobre a criação de um regime *sui generis* de direitos intelectuais coletivos, pois apesar da CDB estipular repartições de benefícios, entende-se como necessário o reconhecimento do conhecimento tradicional associado como um direito coletivo do povo que o desenvolveu.

Almeja-se que nas páginas seguintes esteja exposto um recorte geral da regulação jurídica do conhecimento tradicional associado à biodiversidade, assim como de suas lacunas. Será exposta a questão do patenteamento deste conhecimento (beneficiando apenas as grandes indústrias), da possibilidade da feitura de contratos de acessos (CDB) e também a idéia da criação de um sistema que efetivamente tutele direitos coletivos intelectuais dos povos indígenas.

## I- OS POVOS INDÍGENAS E O DIREITO

### 1.1 Invisibilidade dos povos para o Direito

Por muito tempo os povos indígenas permaneceram invisíveis ao direito, pois eram considerados grupos transitórios, que mais cedo ou mais tarde seriam integrados à sociedade, seus indivíduos logo se tornariam cidadãos de um Estado Nacional. De acordo com Marés, esta idéia de assimilação dos povos era decorrente das próprias premissas dos Estados Nacionais Modernos. A cultura do Estado e do Direito moderno divide a sociedade entre o cidadão e o Estado, não havendo estamentos intermediários. Nesta concepção não se podia afirmar a existência de direitos próprios de coletividades, os povos indígenas deveriam ser esquecidos para dar lugar a cidadãos livres.<sup>2</sup>

No direito moderno, cria-se a dicotomia do público e do privado o que também era a dicotomia individual/coletivo, sendo que o que fosse considerado coletivo deveria ser entendido como público, ou seja, estatal.<sup>3</sup> Na formação dos Estados modernos, este direito público era mal delimitado, uma vez que se imaginava um Estado apenas apto a assegurar direitos individuais, em especial o direito à propriedade. Não havia maiores preocupações com um direito estatal, mas apenas na regulação de mecanismos que poderiam barrar as ingerências do Estado no âmbito privado. Com o surgimento de inúmeras crises, cada vez mais foi repassado ao Estado tarefas e espaços que eram do âmbito privado. Decorrente desta alteração da conformação do Estado foi a possibilidade de reconhecimento e exercício de direitos coletivos não-patrimoniais, gerando conseqüências importantíssimas ao direito dos povos indígenas.

---

<sup>2</sup> SOUZA FILHO. Carlos Frederico Marés. **O renascer dos povos indígenas para o direito**. 1ª. ed. Curitiba: Juruá, 1999, p. 60-86.

<sup>3</sup> Na dicotomia público/ privado, os direitos territoriais dos povos indígenas ficaram em um limbo jurídico, pois não eram direitos de um único cidadão, assim como não era um direito do próprio Estado.

## 1.2 Direitos começam a ser reconhecidos no século XX

Como narrado anteriormente, a conformação clássica do Estado, baseada na dicotomia público /privado, deixava os povos indígenas e seus direitos em um limbo jurídico, vez que estes direitos não eram privados, pois não eram apropriáveis individualmente e muito menos público, pois pertenciam a uma coletividade específica.

As guerras, as crises econômicas fizeram com que esta concepção clássica do Estado e do Direito fosse alterada, o Estado tomou para si inúmeras tarefas que antes eram entendidas como do domínio privado e a visão do Direito pela qual a Constituição era apenas fonte referencial para normas infraconstitucionais sofre um abalo. Afirma-se a impositividade das normas constitucionais e a Constituição deixa de ser apenas um referencial e se torna dirigente da ordem jurídica. Neste contexto, se inicialmente as Constituições e seus Estados afirmavam direitos- mas estes não tinham força normativa- a partir do século XX, entende-se que os direitos postos na Constituição têm sim força normativa e devem ser realizados.

Este “novo” Estado passou a ser chamado de Estado do Bem-estar Social. Marés demonstra esta alteração nas atribuições do Estado dando o exemplo de como o entendimento acerca do instituto da propriedade foi alterado. Inicialmente, o direito de propriedade nasceu pleno, o Estado apenas asseguraria este direito. Já com o avanço do direito público, criam-se as limitações administrativas e logo em seguida delimita-se o conceito de função social da propriedade. No começo do século XX, a Constituição de Weimar afirma que “a propriedade obriga”.<sup>4</sup>

A partir destes novos conceitos surge uma nova geração de direitos, os direitos da sociedade. Estes seriam exemplificados como a possibilidade de se fazer interferências para limitar a propriedade por questões ambientais, sociais, sanitárias, históricas, culturais, etc.<sup>5</sup> Na esfera legislativa, cita-se a criação da Lei da Ação civil pública, O código Florestal, o Decreto Lei 25/37, que instituiu o tombamento de bens culturais. Estes “novos” direitos têm como principal característica o fato de sua

---

<sup>4</sup> SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. 1999, p. 78. Para uma análise aprofundada ver capítulo IV.

<sup>5</sup> SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. 1999, p. 173

titularidade não ser individualizada, uma vez que não decorrem de uma relação jurídica específica, mas de uma garantia genérica. Ou seja, são direitos coletivos.

Neste contexto, torna-se possível iniciar uma discussão acerca dos direitos coletivos dos povos indígenas. De acordo com Marés, os povos indígenas seriam titulares de dois direitos distintos, um individual e outro coletivo, de todo o povo, vez que pertencem ao grupo, não pertencem a nenhum de seus integrantes em especial. Este direito coletivo é indivisível entre seus titulares, não é passível de alienação, é imprescritível, inembargável, impenhorável e intransferível.<sup>6</sup> Na regulação do conhecimento tradicional associado que se verá a seguir, a questão deste direito ser coletivo, pois desenvolvido pelo grupo através de inúmeras gerações, é o ponto que faz ser necessária uma abordagem jurídica especial. Esta abordagem deve ser distinta do instituto de propriedade intelectual clássico, através das patentes, que se mostra inadequado, pois apenas tutela inventores individuais por período delimitado de tempo, não tutelando uma coletividade e não contemplando a imprescritibilidade deste direito.

No caso específico da regulação jurídica do conhecimento tradicional associado à biodiversidade, outra alteração no plano jurídico é relevante: a nova concepção jurídica da propriedade. Se antes o patrimônio de uma empresa era verificado pelo seu número de lojas, hoje, é verificado pelo poder de sua marca. Ou seja, é cada vez menor importância dos patrimônios físicos reais. Esta alteração no conceito de propriedade fez com que hoje existisse a “propriedade intelectual”. Del Nero fornece uma elucidativa explicação acerca do tema:

A concepção jurídica clássica da propriedade admitia como objeto de apropriação apenas coisas corpóreas, tangíveis, de existência material. A propriedade corpórea, também denominada material, é aquela que consiste nas coisas materiais ou a elas se relaciona, possuindo existência física. Pode-se afirmar que esse tipo de formulação estava associado à concepção econômica típica do mercantilismo ou pré-industrial, na qual o direito de propriedade referia-se a apropriação das coisas. Como se verá, com o advento da sociedade industrial e com o respectivo desenvolvimento da produção, que passa a incluir o domínio das técnicas sofisticadas, sobretudo a incorporação da própria ciência como força diretamente envolvida nos processos de criação e produção, a concepção jurídica ampliar-se-á, buscando demarcar o domínio do próprio conhecimento, e não apenas das coisas em si, das mercadorias. Daí a referência à

---

<sup>6</sup> SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. 1999, p. 184.

propriedade intelectual, cuja abrangência conotativa e semântica transcende a idéia inicial da concepção clássica da coisa em si.<sup>7</sup>

Esta mudança no conceito de propriedade gerou o estabelecimento de leis para proteção deste patrimônio imaterial, leis desenvolvidas para contemplar as idéias e invenções de sujeitos específicos (os dos países desenvolvidos). Desta forma, tornou-se possível proteger apenas os conhecimentos destes sujeitos, sendo que o conhecimento tradicional associado à biodiversidade dos povos indígenas ficou à margem da proteção. Logo, mais uma vez o direito dos povos, agora no tema específico da tutela de seu patrimônio imaterial, ficou invisível ao Direito.

### 1.3 Povos indígenas e o direito internacional

Os Direitos humanos do Pós-2ª.Guerra Mundial pretendiam-se universais, tinham o objetivo de ser uma resposta aos horrores do totalitarismo e tentar restabelecer o valor da dignidade humana. A base da sua universalidade era a crença de que a condição de pessoa é requisito único para a titularidade de direitos, considerando o ser humano um ser essencialmente moral, dotado de unicidade existencial e dignidade, esta com valor intrínseco à concepção humana.<sup>8</sup>

A concepção exposta acima de direitos humanos é entendida por Marés como uma declaração vazia de conteúdo para os povos indígenas.<sup>9</sup> Isto porque os povos indígenas não eram e não pretendiam ser o “cidadão universal” delineado pelas Cartas de Direitos Humanos, para sua cultura estas declarações seriam na verdade princípios civilizatórios impostos para delimitar suas culturas.

Ainda, os direitos humanos, enquanto garantias individuais à vida, à dignidade, integridade pessoal são valores que podem e devem ser realizados

---

<sup>7</sup> DEL NERO, Patrícia. **Propriedade intelectual: a tutela jurídica da biotecnologia**. 2ª. Ed - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p39.

<sup>8</sup> PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparado dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano**. São Paulo: Saraiva, 2006, p.8-13.

<sup>9</sup> Ver mais em SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. 1999, p. 80/84.

dentro do sistema jurídico de cada Estado. Entretanto, a realidade dos povos indígenas é que estes seriam sociedades inteiras que estão fora do sistema nacional, que se regem por leis próprias. Logo, deve se reconhecer que a universalidade de direitos posta pela Constituição e pelas cartas de direitos humanos não alcança toda população, somente àquela que está integrada ao sistema.<sup>10</sup>

Tais críticas tiveram eco no direito internacional, tanto que a atual proteção que se tenta delinear aos povos indígenas no sistema internacional é justamente o direito a manter suas identidades como povos diferenciados. Logo, é entendido que além da proteção dos regimes internacionais de direitos humanos são necessários também documentos específicos para garantir seus direitos à terra ocupada tradicionalmente, à manutenção de seus costumes, ao direito do povo decidir sobre seu futuro.<sup>11</sup>

A Comissão de Direitos Humanos da ONU, ao estudar o problema da discriminação dos povos indígenas, considerou estes como “compostos de descendentes de povos que habitavam o atual território de um país completa ou parcialmente no tempo em que pessoas de uma diferente cultura ou origem étnica lá chegaram vindos de outras partes do mundo.”<sup>12</sup> É este determinado grupo de indivíduos para qual a proteção internacional é buscada.

A idéia trabalhada pelo direito internacional seria a criação de um regime internacional vinculante de proteção dos povos indígenas. Os anos de 1995-2004 foram designados pela Assembleia Geral das Nações Unidas como a Década Internacional dos Povos Indígenas do Mundo, os anos de 2005-2015 foram postos como a segunda Década Internacional, tais décadas tinham como objetivo central a

---

<sup>10</sup> SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés. 1999, p. 84.

<sup>11</sup> WOLFRUM, Rudiger. A proteção dos Povos Indígenas no Direito Internacional. **Igualdade, Diferença e Direitos Humanos**. SARMENTO; IKAWA; PIOVESAN (coord). Rio de Janeiro: Lúmen Júris, p. 599-615, 2008.

<sup>12</sup> WOLFRUM, Rudiger. 2008, p. 599.

adoção final de uma declaração sobre povos indígenas, o que foi alcançado em setembro de 2007.<sup>13</sup>

Hoje, a Declaração dos Povos é o mais completo documento internacional relativo aos direitos indígenas, entretanto, ela não tem força vinculante, ficando ainda a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho como principal garantidora de direitos no plano internacional.

Em que pese a existência desta desconfiança em relação aos direitos humanos postos nas Cartas Internacionais e sua pretensa universalidade por parte dos estudiosos das questões dos povos indígenas, o sistema internacional, aceitando estas críticas e dialogando com os povos indígenas, conseguiu desenvolver dois importantes documentos em relação a estes: a Convenção 169 da OIT sobre povos indígenas e tribais e a Declaração das Nações Unidas sobre o Direito dos Povos Indígenas.<sup>14</sup>

---

<sup>13</sup> O Fórum Permanente das Nações Unidas sobre questões indígenas afirma que os objetivos da Segunda Década Internacional são: 1) Promover a não discriminação e inclusão dos povos indígenas na construção, implementação e valoração internacional, regional e nacional de processos legislativos, políticas públicas, programas e projetos; 2) Promover ampla e eficazmente a participação dos povos indígenas nas decisões que diretamente ou indiretamente afete seus estilos de vida, sua terras tradicionais e seus territórios, sua integridade cultural como povos indígenas com direitos coletivos, ou qualquer outro aspecto de suas vidas, considerando o princípio da liberdade, o consentimento prévio e informado; 3) Redefinir o desenvolvimento de políticas públicas a partir da visão de equidade e que sejam culturalmente apropriadas, incluindo respeito pela cultura, pela diversidade lingüística dos povos indígenas; 4) Adotar políticas específicas, programas, projetos e orçamento para o desenvolvimento dos povos indígenas, incluindo como temas centrais e dando partículas ênfase a mulher indígenas, as crianças e os jovens; 5) Desenvolvimento de fortes mecanismos de monitoramento e o aumento em nível internacional, regional e especialmente nacional da preocupação da implementação de leis, políticas públicas e operacionais para proteção dos povos indígenas e o melhoramento de suas vidas. (tradução nossa, texto disponível em: <<http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/en/history.html>>. Acesso em 18/08/2009).

<sup>14</sup> Boaventura de Souza Santos escreveu artigo demonstrando como esta concepção clássica de direitos humanos poderia ser alterada, não sendo apenas mais uma forma de colonização por parte dos países ricos, mas sim uma forma intercultural de se entender estes direitos. SOUZA SANTOS, Boaventura. **Para uma concepção intercultural de Direitos Humanos**. SARMENTO; IKAWA; PIOVESAN (coord). Igualdade, Diferença e Direitos humanos. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, p.3- 45, 2008.



### 1.3.1 A Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) sobre povos indígenas e tribais

A Convenção 169 da OIT abrange os povos tribais e indígenas, estes considerados como “povos descendentes de populações que habitaram o país, a região geográfica a qual o país pertence, no tempo da conquista ou colonização ou do estabelecimento das atuais fronteiras do Estado e que, sem consideração do seu status legal, conservaram algumas ou todas as próprias instituições sociais, econômicas, culturais e políticas.”<sup>15</sup> Ainda, para determinar se um grupo específico é considerado como indígena basta a auto-identificação como tal.<sup>16</sup>

As razões da Convenção vieram expostas em seu preâmbulo: o reconhecimento das aspirações dos povos indígenas e tribais de assumir a suas próprias instituições e formas de vida e seu desenvolvimento econômico, manter e fortalecer suas identidades, línguas e religiões, dentro do âmbito dos Estados em que moram.

É possível classificar os compromissos dos Estados-partes em três categorias: a proibição da discriminação, a obrigação de assegurar igual tratamento aos membros dos povos indígenas e a obrigação de ações afirmativas para proteção das identidades destes povos.<sup>17</sup>

O art. 2º. afirma que é obrigação dos governos desenvolverem políticas públicas, com a participação dos povos interessados, para proteção dos povos e garantindo a sua integridade.

Destaca-se também o art. 6º. ao estabelecer que os Estados devem consultar os povos mediante procedimentos apropriados cada vez que sejam previstas medidas legislativas ou administrativas suscetíveis de afetá-los diretamente.

Em apertada síntese a Convenção estabelece o direito dos povos indígenas e tribais a: 1) ter uma existência duradoura e diferente; 2) definir suas prioridades de desenvolvimento; 3) serem consultados previamente quando as decisões estatais

---

<sup>15</sup> Art. 1º., parágrafo 1º.

<sup>16</sup> Art. 1º., parágrafo 2º.

<sup>17</sup> WOLFRUM, Rudiger. 2008, p. 603.

possam lhes afetar; 4) manter seus costumes e instituições, inclusive métodos tradicionais utilizados para reprimir os delitos cometidos por seus membros, desde que não sejam incompatíveis com os direitos fundamentais definidos pelo sistema jurídico nacional nem com os direitos humanos internacionalmente reconhecidos. Da mesma forma, impõe que os governos: 1) assegurem aos povos indígenas e tribais o gozo dos mesmos direitos e oportunidades concedidos aos outros nacionais; 2) devem respeitar os costumes dos povos indígenas e tribais, ao lhes aplicar a legislação nacional, inclusive quando aplicam sanções penais; 3) devem estabelecer mecanismos e procedimentos apropriados de consulta com os povos indígenas e tribais.<sup>18</sup>

Do exposto é inegável os inúmeros avanços conquistados, entretanto, também é possível apontar algumas críticas à Convenção. De acordo com Caldas, a idéia geral que norteia o documento – sem embargo da introdução do mecanismo de consulta prévia- é de elaboração de políticas públicas e medidas protetivas que partem invariavelmente do Estado, sendo que os povos apenas são consultados para que se consiga o seu consentimento. Outro aspecto a ser levado em conta é que os direitos dos povos indígenas só serão aceitos se compatíveis com os direitos fundamentais definidos pelo sistema jurídico nacional e com os direitos humanos reconhecidos internacionalmente.<sup>19</sup>

#### 1.3.1.1 Utilização do termo “povos” e as dificuldades de integração da Convenção 169 da OIT ao direito brasileiro

A Convenção 169 foi aprovada pela OIT em 1989, entretanto, só passou a vigorar no Brasil em 25/07/2003, já que passou mais de 11 anos tramitando no Congresso Nacional. O principal motivo para a demora na aprovação pelo Congresso se deu porque no art. 1º. da Convenção afirmou-se que as comunidades tribais e indígenas seriam “povos”, contemplando o princípio de que os índios são

<sup>18</sup> Ver mais em ROCHA, Ana Flávia. **Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT)**. Disponível no site: [www.socioambiental.org](http://www.socioambiental.org). Acesso em 04/06/2009.

<sup>19</sup> CALDAS, Andressa. **Regulação jurídica do conhecimento tradicional: a conquista dos saberes**. Dissertação de Mestrado em Direito das Relações Sociais. Setor de Ciências Jurídicas. Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2001, p. 136.

sociedades permanentes e não transitórias como afirmava a Convenção n. 107 da OIT. Em que pese se tenha feito a ressalva no art. 1º, item 3, de que a utilização do termos “povos” não deveria ser interpretada aos moldes do direito internacional, a utilização da palavra foi o bastante para inibir a aprovação da Convenção pelo Congresso.

O termo “povos” inibiu a aprovação da Convenção, pois de acordo com o direito internacional não haveria povo sem a existência de um Estado, ou seja, afirmando que as comunidades indígenas seriam povos (com direito a autodeterminação) abriria-se a possibilidade para que elas criassem um novo Estado, o que ia de encontro com os congressistas brasileiros.

Segundo Marés, a lógica do direito internacional seria de que autodeterminação é um direito dos povos se constituírem em Estados, até que efetivamente se constituam, ou até que a comunidade internacional considere que há uma legítima Constituição.<sup>20</sup>

De acordo com o mesmo autor, há um dogma no direito contemporâneo de que os Estados seriam compostos de apenas um povo e um direito, o que seria uma falácia, uma vez que só se outorgou a designação de poderem constituírem um Estado àqueles povos que criaram uma Constituição e se organizaram pela forma dita correta, enquanto que os povos que não seguiram tal rito foram esquecidos:

No final do século passado, cada pedaço de terra foi dividido entre as nações organizadas. Não se podia admitir que um território ou povo estivesse fora da tutela de um Estado e, neste conceito, Estado seria o ente público reconhecido internacionalmente. Para ser reconhecido precisava de ter uma Constituição. E para ter uma constituição deveria assegurar os direitos individuais, como a propriedade. Isto significou que os povos ou territórios que não queriam ou não estavam interessados em escrever uma constituição, passaram a ser tutelados por outros.(...) A partir da constituição do Estado livre e soberano, com uma constituição que garante direitos individuais, não se poderia mais falar de povos integrantes deste Estado, mas somente de um povo, que corresponderia a toda a população daquele território, este é o dogma do Estado contemporâneo.<sup>21</sup>

---

<sup>20</sup> Nas palavras de Marés, o direito à autodeterminação dos povos seria, na verdade, o direito à autodeterminação dos Estados. SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. 1999, p. 78.

<sup>21</sup> SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. 1999, p. 76/77.

Por fim, conclui o doutrinador que ter o direito à autodeterminação é poder escolher se deseja ou não constituir outro Estado ou deseja viver sob sua forma de organização, ou seja, tal direito não implicaria, necessariamente, na criação de novos Estados dos povos indígenas. Ainda, pontua Marés que a criação de novos Estados nunca foi a reivindicação dos povos indígenas americanos, mas apenas rever alguns conceitos que possibilitassem a sua jurisdição dentro de seu território. Da mesma forma, o direito à autodeterminação seria encarado de forma diferente para cada povo. Alguns apenas desejam viver sem maiores moléstias em seus territórios, outros desejam participar do poder do Estado.<sup>22</sup>

### 1.3.2 Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas

Em 13 de setembro de 2007, a Declaração sobre os direitos dos Povos Indígenas foi finalmente adotada pela Assembleia Geral da ONU. A vontade da ONU em se criar uma declaração com os direitos dos povos já datava mais de 20 anos.

O relator especial da ONU, José R. Martínez Cobo, realizou um minucioso estudo identificando o sério problema da discriminação dos povos indígenas no mundo, o que culminou com a criação, em 1982, de um Grupo de trabalho sobre os povos indígenas (WGIP) com o objetivo de desenvolver os padrões de direitos humanos que protegeriam os povos indígenas.

Entre 1985 e 1993 o Grupo de trabalho desenvolveu uma minuta da Declaração, que foi submetida e aprovada pela Subcomissão de prevenção da Discriminação e Proteção das Minorias. Em 1994, o texto foi enviado à antiga Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas, esta criou em 1995 um grupo de trabalho para elaborar uma Declaração a ser apresentada na Assembleia Geral da ONU, também se estabeleceu um procedimento para que as organizações indígenas participassem da redação do documento.

---

<sup>22</sup> SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. 1999, p. 193.

Apenas em junho de 2006, após grande insistência do Fórum Permanente para assuntos indígenas (UNPFII)<sup>23</sup>, o Conselho de Direitos humanos aprovou o texto da Declaração. Entretanto, em dezembro de 2006, antes de encaminhar o referido texto para votação na Assembléia Geral, o Conselho decidiu prorrogar sua análise e consulta, pois se entendeu necessário o esclarecimento de alguns conceitos. Só então em setembro de 2007 a Declaração foi submetida à votação, tendo 143 países votado a favor, 4 países votado contrariamente ( Estados Unidos, Canadá, Nova Zelândia e Austrália) e 11 (onze) nações se abstiveram de votar. O Brasil juntamente com quase a totalidade da América Latina votou a favor- exceto a Colômbia, que se absteve de votar.<sup>24</sup>

Os temas que em 2006 foram considerados como empecilhos à votação são os limites do termo autodeterminação e as hipóteses em que poderiam ocorrer atividades militares nos territórios indígenas. A Declaração só foi submetida à Assembléia depois que se consignou que o termo autodeterminação estaria atrelado à estrutura do Estado Nacional em que o povo habitasse, o art. 3º. e o art. 4º. afirmam que o direito à autodeterminação está relacionado ao direito dos povos ao autogoverno e autonomia apenas em assuntos internos e locais. No ponto da intervenção militar, ampliaram-se as suas hipóteses, que passaram a ser em caso do interesse público (art. 30), um conceito mais amplo, que a expressão “grave ameaça”.

A Declaração dos Povos é distinta dos outros mecanismos de proteção aos direitos humanos por seguir 4 elementos: o reconhecimento da personalidade jurídica dos povos indígenas, sua segurança territorial, a responsabilidade internacional em se assegurar o seu respeito e, em especial, o exercício de direitos coletivos.<sup>25</sup> Reafirma-se o direito dos povos indígenas a praticar e revitalizar suas tradições; o direito de manifestar, praticar, desenvolver e ensinar suas tradições, costumes, cerimônias espirituais; o direito de transmitir para suas futuras gerações

<sup>23</sup> Em 2001, a ONU criou Fórum Permanente (UNPFII) com a missão de promover a conscientização sobre assuntos indígenas e promover a integração e coordenação das atividades relacionadas a assuntos indígenas no âmbito das Nações Unidas. (Ver mais em: < <http://www.un.org/esa/socdev/unpfii>> )

<sup>24</sup> Informações disponíveis no material de divulgação elaborado em ocasião do 1º. Ano da Declaração, elaborado pelo Centro das Nações Unidas no Brasil (UNIC Rio), Instituto Socioambiental (ISA) e Organização das Nações Unidas para educação, ciência e Cultura. Disponível em: <[http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/Q&A\\_Declaracao.pdf](http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/Q&A_Declaracao.pdf)>. Acesso em 18/08/2009).

<sup>25</sup> WOLFRUM, Rudiger. 2008, p. 607.

seus idiomas; o direito de manter e desenvolver seus próprios sistemas político, econômico social.

A disposição mais avançada da declaração foi a que prevê que os povos indígenas têm direito à autodeterminação, possibilitando que eles tenham autonomia ou autogoverno em matérias internas relativas à sua cultura, religião, educação informação, mídia, saúde, moradia, emprego, bem-estar social, atividades econômicas, terra e gerenciamento de recursos naturais e meio ambiente.<sup>26</sup> Entretanto, como foi exposto, os Estados, antes da aprovação da Declaração preocuparam-se em determinar o conceito de autodeterminação, e para que ele não fosse compreendido como um direito que abrange o direito à secessão, estipulou-se, no art. 46, que nenhum dispositivo do documento poderá ser interpretado para autorizar ou fomentar qualquer ação que afete no todo ou em parte a integridade territorial ou a unidade política dos Estados soberanos independentes.

No tocante à proteção ao conhecimento tradicional há, de certa forma, uma inovação, pois a Convenção 169 da OIT apenas afirmava o direito dos povos de manter e controlar e proteger seu patrimônio cultural, já a Declaração vai um pouco mais longe afirmando no art. 31, 2ª. parte, que os povos têm o direito de manter, controlar, proteger e desenvolver **sua propriedade intelectual** sobre o mencionado patrimônio cultural, seus conhecimentos tradicionais e suas expressões culturais tradicionais.

Por fim, no material divulgado pela Nações Unidas no Brasil afirma-se que apesar da Declaração não ser obrigatória (vinculante) ela representa o

---

<sup>26</sup> A título ilustrativo seguem alguns artigos da Declaração referente ao direito à autodeterminação:  
Art. 4º.: Os povos indígenas, no exercício do seu direito à autodeterminação, têm direito à autonomia ou ao autogoverno nas questões relacionadas a seus assuntos internos e locais, assim como a disporem dos meios para financiar suas funções autônomas.  
Art. 5º. Os povos indígenas têm o direito de conservar e reforçar suas próprias instituições políticas, jurídicas, econômicas, sociais e culturais, mantendo ao mesmo tempo seu direito de participar plenamente, caso o desejem, da vida política, econômica, social e cultural do Estado.  
Art. 34º. Os povos indígenas têm o direito de promover, desenvolver e manter suas estruturas institucionais e seus próprios costumes, espiritualidade, tradições, procedimentos, práticas e, quando existam, costumes ou sistemas jurídicos, em conformidade com as normas internacionais de direitos humanos.

desenvolvimento dinâmico de normas internacionais e refletem o comprometimento dos Estados a se moverem nestas direções.<sup>27</sup>

Importa ressaltar que embora tenha se afirmado acima que a aderência do Brasil à Declaração representaria uma vontade política em concretizar os princípios ali postos, na primeira oportunidade que o Estado brasileiro teve de se manifestar em relação ao documento, não demonstrou vontade de realizar seus princípios, mas sim um repúdio a certos termos do documento e a afirmação de que a Declaração não deveria ter sido assinada.

Tais afirmações vieram do Supremo Tribunal Federal, quando foi incitado a decidir a ação popular para demarcação da Reserva Indígena Raposa Serra do Sol. O STF manifestou-se em sentido contrário à Declaração, chegando a afirmar que “é a nossa Constituição que os índios brasileiros devem reverenciar como sua carta de alforria no plano sócio-econômico e histórico cultural, e não essa ou aquela declaração de direito internacional de direitos, por mais bem intencionada que seja”.<sup>28</sup> Ainda, sob o subtítulo “As terras indígenas como categoria jurídica distinta de territórios indígenas. O desabono constitucional aos vocábulos “povo”, “país”, “território”, “pátria” ou “nação indígenas”” afirmou-se que as áreas indígenas por não serem territórios aos moldes delineados na Constituição Federal não detêm nenhuma autonomia político-administrativa, o que contraria claramente a Declaração, que afirma a autonomia dos povos em relação às questões internas. Logo em seguida, o Ministro conclui afirmando estranhar o motivo que levou agentes públicos brasileiros a aderir ao documento:

“nenhuma das comunidades indígenas brasileiras detém estatura normativa para comparecer perante a Ordem Jurídica Internacional como “Nação”, “país”, “pátria”, “território nacional” ou “povo independente” (...) Donde a conclusão de que, em tema de índios, não há espaço constitucional para se falar de “polis”, “território”, “poder político”, “personalidade geográfica”; quer a personalidade jurídica de direito público interno, quer, com muito mais razão, a de direito público externo. O que de pronto nos leva a, pessoalmente, estranhar o fato de agentes públicos brasileiros aderirem,

---

<sup>27</sup> Informações disponíveis no material de divulgação elaborado em ocasião do 1º. Ano da Declaração, elaborado pelo Centro das Nações Unidas no Brasil (UNIC Rio), Instituto Socioambiental (ISA) e Organização das Nações Unidas para educação, ciência e Cultura. Disponível em: [http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/Q&A\\_Declaracao.pdf](http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/Q&A_Declaracao.pdf), Acessado em 18/08/2009).

<sup>28</sup> Voto do Min. Carlos Ayres Britto.

formalmente, aos termos da recente ‘Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos povos indígenas(...)’<sup>29</sup>

Após esta breve análise acerca de como os direitos dos povos indígenas são tratados na esfera do Direito Estatal e do Direito Internacional, iniciará a explanação de como vem se delineando a tutela jurídica (ou a falta desta) do conhecimento tradicional associado à biodiversidade dos povos indígenas.

---

<sup>29</sup> STF, 2008, Voto do Min. Carlos Ayres Britto, item 69, p. 38-40.



## II- CONHECIMENTOS TRADICIONAIS ASSOCIADOS À BIODIVERSIDADE E A BIOPIRATARIA

### 2.1 Conceito de Conhecimentos Tradicionais associados à Biodiversidade

Inicialmente, faz-se necessário tentar conceituar o que seria conhecimento tradicional. Segundo Wandscheer, citando o conceito do Dene Cultural Institute of Yellowknife do Canadá, conhecimento tradicional seria:

“um conjunto de conhecimento construído por um grupo de pessoas ao longo de gerações devido à convivência íntima com a natureza. Isso inclui um sistema de classificação, um conjunto de observações empíricas sobre o meio ambiente local, e um sistema de administração própria que regula o uso dos recursos. A quantidade e qualidade do (CTE) conhecimento tradicional ecológico varia entre os membros da comunidade, dependendo do gênero, idade status social, capacidade intelectual e profissão (caçador, líder espiritual, curador etc). Com sua bases firmadas no passado, o conhecimento tradicional ambiental é tanto acumulado como dinâmico, construído sobre experiência das gerações mais antigas e adaptando à mudanças tecnológicas e socioeconômicas do presente.”<sup>30</sup>

Disto tem-se que os conhecimentos tradicionais são conjuntos de saberes acumulados, repassados e construídos entre várias gerações de pessoas de comunidades tradicionais, como exemplos podemos citar suas criações artísticas, literárias e científicas, tais como desenhos, pinturas, músicas, danças etc. O vocábulo tradicional refere-se menos à antiguidade e mais à forma pela qual o conhecimento é adquirido e utilizado através das gerações até o presente.

A formação desta complexa rede de saberes está diretamente ligada à intrínseca relação destas comunidades com a natureza e o território circundante. De acordo com Caldas, a articulação entre a cultura e o território conforma uma unidade indissolúvel, como o exemplo dos indígenas amazônicos:

---

<sup>30</sup> Dene Cultural Institute of Yellowknife Apud WANDSCHEER, Clarissa Bueno. **Patentes e Conhecimento Tradicional- Uma abordagem socioambiental da proteção jurídica do conhecimento tradicional**. Curitiba: Juruá, 2004, p. 19/20

Os indígenas amazônicos, por exemplo, baseiam-se na utilização de três espaços: a mata, o rio e as áreas para uso agrícola. Para estes povos, há uma contínua inter-relação entre estes espaços, de maneira que a disponibilidade de recursos está determinada por uma complexa rede de fluxos energéticos que interagem no espaço e no tempo. A utilização do território e das técnicas produtivas se fundam na complementaridade e sincronização de todas as atividades, por meio de calendário de acordo com a oferta ambiental sem causar desequilíbrios drásticos. Há uma estreita relação, portanto, entre a biodiversidade e o conhecimento tradicional associado, que lhe confere uma feição indivisível em relação à natureza.<sup>31</sup>

Desta forma, os conhecimentos dessas populações são desenvolvidos e compartilhados com bases em observações minuciosas, especulações e experimentações sobre o ambiente em que vivem. Este ambiente circundante representa para os povos tradicionais mais que um valor de uso, tendo valor simbólico e espiritual. De acordo com Santilli, a produção de inovações e conhecimentos sobre a natureza não é motivada apenas por razões utilitárias, por exemplo, descobrir a propriedade medicinal de uma planta para tratar uma doença, mas transcendem a dimensão econômica e permeia o domínio das representações simbólicas e identitárias.<sup>32</sup>

O conhecimento tradicional associado à biodiversidade, de acordo com Santilli, refere-se desde às técnicas de manejo de recursos naturais até métodos de caça e pesca, conhecimento sobre diversos ecossistemas e sobre propriedades farmacêuticas, alimentícias e agrícolas de espécies de flora e fauna utilizadas pelas populações tradicionais.<sup>33</sup> A mesma autora fornece um contorno mais objetivo à conceituação e, segundo ela, o conhecimento tradicional associado incluiria toda informação útil à identificação de princípios ativos de biomoléculas ou características funcionais de células e microorganismos, independente da utilização coincidir ou não com a utilização biotecnológica. Para melhor compreensão a autora cita dois exemplos de Nurit Besusan:

“Uma comunidade tradicional usa uma combinação de duas plantas como cicatrizante e uma empresa farmacêutica interessa-se pela produção comercial de uma pomada cicatrizante que utilize essa combinação. Nesse exemplo, a comunidade usa um determinado recurso com uma finalidade, que é a mesma perseguida pela comunidade científica ou pelas empresas.

<sup>31</sup> CALDAS, Andressa. 2001, p. 89.

<sup>32</sup> SANTILLI, Juliana. **Socioambientalismo e novos direitos: proteção jurídica à diversidade biológica e cultural**. São Paulo: Peirópolis, 2005, p. 195/196.

<sup>33</sup> SANTILLI, Juliana. 2005, p. 192.

Um povo indígena usa espigas de milho multicoloridas para produzir adornos e enfeites, e essa característica fenotípica do milho selecionado por esse povo dá indicações claras sobre certas propriedades genéticas suas, que o tornam particularmente atraente para pesquisas genéticas. Há uma utilização indireta dos conhecimentos tradicionais que também merecem ser reconhecida e recompensada.”<sup>34</sup>

## 2.2 Biopirataria<sup>35</sup>

Com o desenvolvimento da biotecnologia, os conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade adquiriram importância econômica, as indústrias farmacêuticas, químicas e agrícolas vêem neles fontes para descobertas de inúmeros princípios ativos que poderão dar origem a produtos, que posteriormente serão patenteados.

Vandana Shiva afirma que a pirataria dos conhecimentos tradicionais associados através das patentes seria a segunda chegada de Colombo. Para esta autora a apropriação dos conhecimentos tradicionais através das patentes está se dando da mesma forma com que foram ocupadas as terras à época do “descobrimento” da América. Antes, os Estados europeus dividiam entre si o que eles afirmavam ser terra de ninguém, hoje, as empresas transnacionais tomariam para si através das patentes o conhecimento tradicional. Segundo a autora, a lógica da época do descobrimento está sendo utilizada para tomar a biodiversidade quando se entende que os proprietários e inovadores originais, suas sementes, plantas medicinais e conhecimento médico são parte da natureza, são uma não ciência.<sup>36</sup> Apenas o conhecimento produzido nos moldes da ciência ocidental seria valorizado e passível de ser protegido, o conhecimento desenvolvido de forma alternativa nada

<sup>34</sup> Nurit Besunsan Apud SANTILLI, Juliana. 2005, p.196.

<sup>35</sup>De acordo com Juliana Santilli, o termo “biopirataria” designaria a utilização indevida de conhecimento tradicional sem a repartição dos benefícios advindos deste conhecimento com as populações tradicionais, ou seja, seria falta de respeito à Convenção da Diversidade Biológica. Já Vandana Shiva entende que o termo biopirataria refere-se a possibilidade de patenteamento destes conhecimentos por grandes empresas. Esta monografia utilizará a segunda conceituação, entretanto, ressalta-se que o termo biopirataria, por não haver conceituação legal, vem sendo usado das duas formas.

<sup>36</sup> SHIVA, Vandana. **Biopirataria: a pilhagem da natureza do conhecimento**. Petrópolis: Vozes, 2001, p. 23/28.

significaria, no máximo serviria como matéria prima e desta forma seria remunerado.<sup>37</sup>

A fim de ilustrar como se dá a biopirataria através das patentes, Juliana Santilli cita o caso do patenteamento pela empresa multinacional norte americana W.R. Grace Corporation e o Departamento de Agricultura dos Estados Unidos de seis produtos e processos derivados do *nim* indiano. De acordo com a autora, o *nim* seria uma árvore utilizada na Índia há séculos e utilizada como fonte de biopesticidas e remédios. A revogação das patentes foi requerida por um grupo de organizações e após cinco anos de batalha o Escritório de Patentes Europeu revogou as patentes com base no argumento de que não seria atendido o requisito da novidade.<sup>38</sup> A decisão pela revogação foi baseada no depoimento do dono de uma fábrica indiana que demonstrou utilizar processo semelhante ao patenteado desde 1995.<sup>39</sup>

Outro caso clássico de biopirataria foi o patenteamento da palavra “Cupuaçu” pela empresa japonesa Asahi Foods e a descoberta de registros de pedidos de patentes sobre a forma de extração do óleo e produção do cupulate<sup>40</sup>. Eugênio Pantoja descreve que em 2003 a ONG Amazonlink fez contato com uma instituição da Alemanha, uma ONG que participa do fomento e implementação do mercado justo, para que pequenos produtores locais do Acre pudessem comercializar produtos derivados do Cupuaçu, como bombons, doces e outros. Tal comercialização foi aceita, entretanto, para surpresa geral, foi orientado que os produtos enviados para Europa não contivessem o nome Cupuaçu, pois este nome era propriedade da Asahi Foods e, se almejassem incluir o nome Cupuaçu nos rótulos dos produtos, teriam de ser pagos royalties de dez mil dólares à empresa. Tal notícia gerou perplexidade, pois como seria possível o nome de uma fruta tradicional da Amazônia ser propriedade de uma empresa japonesa? Da mesma

---

<sup>37</sup> Acerca de uma repartição dos benefícios advindos da biodiversidade ver capítulo seguinte e a Convenção da Diversidade Biológica.

<sup>38</sup> Como se verá a seguir é o Acordo TRIPS responsável por impor os requisitos de patenteabilidade, este determina a conjunção de três requisitos: a novidade, a atividade inventiva e a aplicação industrial.

<sup>39</sup> SANTILLI, Juliana. 2005, p. 201.

<sup>40</sup> O cupulate seria uma espécie de chocolate feito da semente do cupuaçu, produzido de forma tradicional por seringueiros e ribeirinhos.

forma, como esta empresa poderia ter requerido o registro de patente sobre um produto tradicional da Amazônia?<sup>41</sup>

Do descrito rapidamente acima, tem-se que há uma apropriação indevida e injusta da biodiversidade e do conhecimento tradicional associado por meio de um instrumento legal (o direito da propriedade intelectual, em especial as patentes), que faz com que se aproprie de forma privada produtos e processos gerados de forma coletiva.

A seguir será exposta esta forma de apropriação feita através das patentes.

## **2.3 Sistema de patentes**

### **2.3.1 Acordos Internacionais e a criação de um sistema internacional de propriedade intelectual**

A aquisição e a fruição da propriedade intelectual são condicionadas pelas regulamentações de cada Estado e por Tratados e Convenções internacionais. Estes fixando os princípios básicos que devem ser seguidos pelos países aderentes aos Acordos.

A Convenção de Paris foi o primeiro documento formal para a proteção da propriedade intelectual, que criou o “Sistema Mundial de Patentes”, foi assinado em 20 de março de 1883 em Paris. Onze países estabeleceram a União Internacional para a proteção da propriedade Industrial, originando a “Convenção de Paris”, cujo objetivo era assegurar a seus signatários a possibilidade de obter proteção em países estrangeiros.

Após a Segunda Guerra Mundial surgiu o GATT( General Agreement in Tariffs and Trades), que até aquele momento tratava sutilmente do tema da propriedade

---

<sup>41</sup> PANTOJA, Eugenio. Regime Internacional de proteção dos conhecimentos tradicionais: é possível chegar a um consenso? In: I Seminário Internacional de proteção aos conhecimentos das sociedades Tradicionais, 2006, Belém. Disponível em : [www.socioambiental.org](http://www.socioambiental.org). Acesso em 15/01/2009.

intelectual. Na rodada do Uruguai (1986-1993) o GATT teve seus temas ampliados e, em 1995, foi criada a OMC (Organização Mundial do Comércio).

Na rodada do Uruguai foi discutido o tema da propriedade intelectual, então considerado como um dos “novos temas do GATT”, pois ultrapassavam em muito o limite da discussão de regras para o comércio, função para a qual o GATT havia sido constituído. Com a criação da OMC, em 1995, foi firmado em Genebra o Acordo Trade-related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS). Este Acordo estabelece direitos do autor, direitos conexos, marcas de produtos e de serviços, indicações geográficas, desenho industriais, patentes e layouts de circuitos integrados.

Diante do andamento da discussão da Rodada do Uruguai, o Brasil foi pressionado a alterar o seu “Código de Propriedade Industrial”. Os Estados Unidos começaram a impor sanções com fundamento na Seção 301 da lei de Comércio norte americana, que autoriza o representante de comércio americano a iniciar, anualmente, o processo de investigação sobre práticas de países que imponham restrições indevidas nas relações comerciais com os Estados Unidos. No caso brasileiro, a “investigação” americana ocorreu, basicamente, pelo fato de os Estados Unidos entenderem como insuficientes os mecanismos legais de proteção à propriedade intelectual do Brasil.<sup>42</sup>

Segundo Maria Helena Tachinardi, esta “investigação” embasou uma agressiva e ostensiva pressão dos Estados Unidos ao Brasil na reunião do GATT para que o país “modernizasse”, como argumentavam as autoridades americanas, suas legislações referentes à propriedade intelectual, notadamente, no que se referia à concessão de patentes para produtos e processos biotecnológicos, alimentícios e, sobretudo, farmacêuticos. “Modernização”, na concepção das autoridades americanas, consistia na ampliação do rol de produtos e processos a serem incluídos no conjunto de objetos passíveis de proteção patentária. “Modernização”, neste sentido, nada mais seria do que a ampliação do rol de objetos passíveis de serem patenteados.”<sup>43</sup>

---

<sup>42</sup> TACHINARDI Apud DEL NERO, Patrícia. 2004, p. 121

<sup>43</sup> DEL NERO, Patrícia. 2004, p. 121

No antigo Código de propriedade Industrial, só poderia ser objeto de patente uma invenção que não figurasse no rol de proibições do art. 9.<sup>44</sup> Este artigo proibia o patenteamento de microorganismos, de produtos químicos-farmacêuticos e medicamentos, o que ia de encontro com os interesses americanos para “modernização” da lei brasileira. Com o advento da Lei 9.279/96, o art. 18 elenca as invenções que não são privilegiáveis e em seu inciso III permite a concessão de patentes aos microorganismos, desde que atendam os requisitos de patenteabilidade (novidade, atividade, industrial).<sup>45</sup>

Diante da necessidade de “modernização” da legislação brasileira, os Estados Unidos adotaram medidas retaliatórias contra o Brasil alegando prejuízo

---

<sup>44</sup> Art. 9.º Não são privilegiáveis:

a) as invenções de finalidade contrária às leis, à moral, à saúde, à segurança pública, aos cultos religiosos e aos sentimentos dignos de respeito e veneração; b) as substâncias, matérias ou produtos obtidos por meios ou processos químicos, ressalvando-se, porém, a privilegiabilidade dos respectivos processos de obtenção ou modificação; **c) as substâncias, matérias, misturas ou produtos alimentícios, químico-farmacêuticos e medicamentos, de qualquer espécie, bem como os respectivos processos de obtenção ou modificação;** d) as misturas e ligas metálicas em geral, ressalvando-se, porém, as que, não compreendidas na alínea anterior, apresentarem qualidades intrínsecas específicas, precisamente caracterizadas pela sua composição qualitativa, definida quantitativamente, ou por tratamento especial a que tenham sido submetidas; e) as justaposições de processos, meios ou órgãos conhecidos, a simples mudança de forma, proporções, dimensões ou de materiais, salvo se daí resultar, no conjunto, um efeito técnico novo ou diferente, não compreendido nas proibições deste artigo; **f) os usos ou empregos relacionados com descobertas, inclusive de variedades ou espécie de microrganismos, para fim determinado;** g) as técnicas operatórias ou cirúrgicas ou de terapêutica, não incluídos os dispositivos, aparelhos ou máquinas; h) os sistemas e programações, os planos ou os esquemas de escrituração comercial, de cálculos, de financiamento, de crédito, de sorteios, de especulação ou de propaganda; i) as concepções puramente teóricas; j) as substâncias, matérias, misturas, elementos ou produtos de qualquer espécie, bem como a modificação de suas propriedades físico-químicas e seus respectivos processos de obtenção ou modificação, quando resultantes de transformação do núcleo atômico.

<sup>45</sup> Art. 18. Não são patenteáveis: III - o todo ou parte dos seres vivos, exceto os microorganismos transgênicos que atendam aos três requisitos de patenteabilidade - novidade, atividade inventiva e aplicação industrial - previstos no art. 8º e que não sejam mera descoberta. Segundo os opositores da Lei 9.279/96, o conceito de microorganismos não foi delimitado, sendo perigoso que, a partir do citado art. 18, sejam concedidas patentes a bactérias, vírus e até mesmo a genes, células vegetais e animais, cultura de tecido até semente, ou seja, o conceito de microorganismo por não ser ainda definido poderia ser por demais alargado. Outra questão seria o conceito de “novidade”, pois uma alteração em algum gene de um microorganismo natural faria com que se tivesse criado um “novo microorganismo”, passível de patente, já que foi geneticamente modificado e não provém diretamente da natureza. O fórum pela Liberdade do uso do Conhecimento coloca a seguinte preocupação: “Essa lacuna no que se refere aos processos biotecnológicos pode significar, no mínimo, dar direitos de patente de processo sobre seres vivos obtidos por estes processos, entregar o domínio sobre o uso e valorização dos recursos genéticos e da biodiversidade nacionais aos que dominam técnicas patenteadas (serão quase sempre empresas transnacionais) e abrir mão de qualquer discussão sobre a conveniência e oportunidade de estabelecer a reserva de mercado da patente sobre desenvolvimento tecnológico nacional no campo das biotecnologias”.

sofridos por sua indústria farmacêutica, em face da ausência de proteção patentária para processos e produtos nessa área.<sup>46</sup>

Segundo Del Nero o significado do Acordo TRIPS foi o seguinte:

A Rodada do Uruguai do GATT, como um todo, e, mais especificadamente, o acordo referente à propriedade intelectual TRIPS, funciona como um primeiro passo para a instituição de princípios genéricos sobre a propriedade intelectual e sobre a inclusão desses princípios nas legislações dos países signatários. Trata-se, portanto, de uma tentativa internacional e institucionalizada para que o sistema de propriedade intelectual, como um todo, e de patentes, em particular, torne-se homogêneo, uniforme em nível internacional, garantindo, expressamente, a construção mundial de “sistemas Fortes de Proteção à propriedade Intelectual.”<sup>47</sup>

A rodada do Uruguai foi concluída em 1993 e o Acordo TRIPS entrou em vigor no Brasil em 1 de janeiro de 1995, após aprovação no Congresso Nacional, o que implicou significativas alterações em relação à propriedade intelectual, culminando com a lei 9.279/96.

### 2.3.2 Lei 9. 279/96 e sua regulamentação acerca da Propriedade intelectual: conceito de patentes

A propriedade industrial seria um conjunto de regulamentações jurídicas que visa proteger, na esfera patrimonial, as invenções humanas destinadas à aplicação industrial.

De acordo com Cerqueira Leite, patente de invenção (espécie do gênero propriedade industrial) seria um título de privilégio concedido a um inventor de uma descoberta de utilidade industrial (invenção).<sup>48</sup> Dora Ann Lange Canhos propõe uma

<sup>46</sup> Segundo o Ministro das Relações Exteriores Luiz Felipe Lampreia, em 1988, foram sobretaxados em 100% a importação de produtos brasileiros dos setores químico, eletro-eletrônico e de papel celulose. O valor das sanções foi avaliado, pelo Governo Brasileiro, em US\$ 105 milhões, mas em termos de prejuízo para o Brasil alcançou valores mais altos, uma vez que o mero anúncio das sanções por si só reverteu as expectativas dos importadores norte-americanos que tenderam a cancelar futuros contratos. DEL NERO, Patrícia. **2004**, p. 122/123.

<sup>47</sup> DEL NERO, Patrícia. 2004 p. 125.

<sup>48</sup> LEITE Apud DEL NERO, Patrícia. 2004, p. 78



conceituação mais ampla, envolvendo também o objetivo da concessão deste privilégio:

“Uma patente é um documento, emitido por um órgão governamental, que descreve uma invenção e cria uma situação legal, onde a invenção patenteada somente pode ser explorada, produzida, utilizada, vendida, importada) com a autorização do concessionário da patente. Para uma melhor compreensão do processo de patentes, é importante definir o seu objetivo básico. Além de procurar proteger e recompensar o autor, a patente tem como meta estimular o progresso industrial através da divulgação do invento. O sistema é muito claro: o autor torna seu invento público e em troca, durante um período limitado de tempo, ele tem o direito de impedir a exploração desse invento por terceiros.”<sup>49</sup>

É o Estado quem concede ao titular a exclusividade de exploração da invenção. No Brasil, o órgão estatal competente é o INPI (Instituto Nacional da Propriedade Industrial).<sup>50</sup>

De acordo com Del Nero, a partir da concessão da carta patente seu titular possui o uso exclusivo do objeto patenteado durante certo período de tempo. Isto quer dizer que durante a vigência do seu privilégio, o titular detém o monopólio, seja para produzir o objeto da patente, para vender ou transferir seus direitos a terceiros, definitivamente ou temporariamente.<sup>51</sup>

### 2.3.3 Requisitos para concessão de patentes

Os requisitos para concessão de patentes de invenção estão postos no art. 8 da lei 9.279/96, sendo eles a novidade, a atividade inventiva e a aplicação industrial.

A OMPI (Organização Mundial da propriedade Intelectual) em seu site descreve o que é uma invenção suscetível de patenteamento:

Una invención debe, por lo general, satisfacer las siguientes condiciones para ser protegida por una patente: debe tener **uso práctico**; debe presentar asimismo un elemento de **novedad**; es decir, alguna **característica nueva** que no se conozca en el **cuerpo de conocimiento existente** en su ámbito técnico. Este cuerpo de conocimiento existente se llama "**estado de la técnica**". La invención debe presentar un **paso**

<sup>49</sup> CANHOS Apud DEL NERO, Patrícia. 2004, p. 79.

<sup>50</sup> Art. 19 da lei 9. 279/1996.

<sup>51</sup> DEL NERO, Patrícia. 2004, p. 81.

**inventivo** que no podría ser **deducido** por una persona con un conocimiento medio del ámbito técnico. Finalmente, su materia debe ser aceptada como "patentable" de conformidad a derecho. En numerosos países, las teorías científicas, los métodos matemáticos, las obtenciones vegetales o animales, los descubrimientos de sustancias naturales, los métodos comerciales o métodos para el tratamiento médico (en oposición a productos médicos) por lo general, no son patentables.<sup>52</sup>

Desta forma, uma invenção para ser patenteada deve ter um uso prático, não se encontrar compreendida pelo estado da técnica e deve ser autorizada pelo Direito como sendo passível de patenteamento, ou seja, atender aos requisitos postos em lei.

O art. 11 da lei 9.279/96 impõe como requisito para concessão da patente a novidade, afirmando em seu caput que “a invenção e o modelo de utilidade são considerados novos quando não compreendidos no estado da técnica.” Desta forma, a legislação apresentou o requisito da novidade em seu aspecto negativo, como aquilo que não foi divulgado e, portanto, não está compreendido no estado da técnica. Segundo Denis Borges Barbosa, a novidade designa a “tecnologia que ainda não tenha sido tornada acessível ao público, de forma a que o técnico, dela tendo conhecimento, pudesse reproduzi-la”.<sup>53</sup>

Em relação à atividade inventiva, esta resta comprovada sempre que não seja consequência óbvia do estado de técnica para um especialista no assunto. Portanto, a inovação não pode derivar obviamente do estado da arte, ou seja, “que o técnico não pudesse produzi-la simplesmente com o uso dos conhecimentos já acessíveis.”<sup>54</sup> A respeito do requisito Denis Barbosa leciona que a atividade inventiva:

Também é definido, a partir da expressão inglesa correspondente como “não obviedade”. A questão da não obviedade importa na avaliação de questões de direito e de fato. Para tal determinação, se leva em conta quatro fatores: a) o conteúdo e alcance das anterioridades, b) as diferenças entre tais anterioridades e o novo invento, c) o nível de complexidade do campo da técnica a qual pertence a invenção, d) a ocorrência de certos índices abaixo indicados.(...) a) o tempo decorrido desde a anterioridade em questão, b) o efeito inesperado ou surpreendente, c) a economia de tempo, d) o resultado aperfeiçoado e ) vantagens técnicas ou econômicas consideráveis.<sup>55</sup>

<sup>52</sup> Disponível em: [http://www.wipo.int/patentscope/es/patents\\_faq.html#patent](http://www.wipo.int/patentscope/es/patents_faq.html#patent). Acesso em 22/05/2009.

<sup>53</sup> BARBOSA, Denis Borges. **Uma introdução à Propriedade Intelectual**. 2ª. ed. Rio de Janeiro : Lúmen Juris, 2003, p.364.

<sup>54</sup> BARBOSA, Denis Borges. 2003, p. 364.

<sup>55</sup> BARBOSA, Denis Borges. 2003,p. 382.

Por fim, a aplicação industrial está garantida quando a invenção pode ser utilizada ou produzida em qualquer tipo de indústria. Segundo Denis Barbosa, à utilidade industrial determina que a tecnologia seja capaz de emprego, modificando diretamente a natureza, numa atividade econômica qualquer.<sup>56</sup>

#### **2.3.4 Inadequações do sistema de patentes à tutela do conhecimento tradicional associado à biodiversidade**

O Acordo TRIPS baseia-se em um conceito de inovação extremamente restrito que visa a favorecer as empresas multinacionais em detrimento dos camponeses e povos das florestas.

A primeira restrição aos povos indígenas seria a de que o sistema de patentes só permite a titularidade da invenção a sujeitos individuais, excluindo os sujeitos coletivos.<sup>57</sup> Desta forma, segundo Wandscheer, o conhecimento tradicional representado pela inter-relação entre os indivíduos de uma comunidade e seu ambiente natural, fruto do aprimoramento coletivo desta população tradicional, não pode ser moldado, conforme dispõe a lei de propriedade industrial, que obriga-o a deixar de ser coletivo e passar a ser da esfera individual.<sup>58</sup> Logo, segundo o entendimento de Vandana Shiva, o direito de propriedade intelectual excluiria todas as inovações que acontecem nas “terras comunitárias intelectuais”, sendo, portanto, um mecanismo de privatização destas terras.<sup>59</sup>

Outra restrição a ser levantada é a necessidade de aplicação industrial, pois estes conhecimentos apresentam aplicação diversa da lógica de maximização de capital. O conhecimento tradicional é aplicado diretamente na vida das comunidades a partir de novas esferas de significação que não estão restritas ao âmbito econômico e de acumulação de capital, como no caso de utilização em cultos e rituais.

---

<sup>56</sup> BARBOSA, Denis Borges. 2003, p. 380

<sup>57</sup> O art. 6, parágrafo 2 da Lei 9.279/96 afirma que a patente poderá ser requerida pelo autor em nome próprio, pelos seus herdeiros ou sucessores, e também por um terceiro que a lei ou contrato especifique como titular do respectivo direito.

<sup>58</sup> WANDSCHEER, Clarissa Bueno. 2004, p.59

<sup>59</sup> SHIVA, Vandana. 2001, p. 32.

Outra questão a ser posta é a atemporalidade dos direitos sobre os conhecimentos tradicionais de determinada comunidade. Como dito este direito é coletivo e atemporal, desta forma, não há como haver adequação com a lei da propriedade industrial que delimita um período de tempo para que se explore o objeto da patente. Neste conceito de fruição temporal posto na lei de patentes não se enquadra o conhecimento tradicional, pois as futuras gerações não poderiam ser titulares desse direito e nem opinar sobre sua concessão.

Ou seja, do exposto percebe-se que os direitos da propriedade intelectual apenas beneficiam e protegem a “inovação” feita aos moldes da ciência ocidental e das grandes indústrias, ficando o conhecimento tradicional associado dos povos a mercê da apropriação. De acordo com Fernando Henrique Ribeiro de Almeida, os direitos do intelecto apenas beneficiariam autores, marcas e detentores de patentes, que em sua grande maioria se localizariam nos países do norte, não se podendo esperar boa-fé destes para proteção dos direitos intelectuais que não sejam os deles. O autor cita o exemplo da pirataria de software em que há grande esforço (e interesse) dos países do norte para se fazer cumprir os dispositivos legais, entretanto, não se demonstra nenhum esforço dos países ricos para o respeito ao direito intelectual dos povos indígenas.<sup>60</sup>

---

<sup>60</sup> ALMEIDA, Fernando Henrique Ribeiro de. O Saber tradicional: discussões no âmbito da CDB e do Acordo OMC-TRIPS. **Revista Brasileira de Direito Internacional**, Curitiba, v. 4, n. 4, jul/dez. 2006.

### **III- REGULAMENTAÇÃO DO ACESSO À BIODIVERSIDADE E AO CONHECIMENTO TRADICIONAL ASSOCIADO: O CONSENTIMENTO PRÉVIO FUNDAMENTADO E A REPARTIÇÃO “JUSTA E EQUITATIVA” DOS BENEFÍCIOS DA BIODIVERSIDADE**

Como explicitado no capítulo anterior, a biodiversidade e o conhecimento tradicional associado passaram a ser vistos como fonte de lucro para os países desenvolvidos e suas multinacionais.<sup>61</sup> No plano internacional, vislumbrou-se a necessidade de regulamentar como se daria este acesso, uma vez que em que pese o interesse pelos recursos seja preponderantemente dos países desenvolvidos, os recursos se situam nos países subdesenvolvidos. Havia também o interesse pela regulamentação pelos países subdesenvolvidos, pois a regulamentação do acesso evitaria a apropriação e utilização indevida dos recursos. Desta forma, criou-se a Convenção da Diversidade Biológica estabelecendo diretrizes básicas para este acesso aos países signatários e a Medida Provisória 2.186-16/2001 internalizando e regulamentando a CDB no Brasil.

#### **3.1 Convenção da Diversidade Biológica (CDB):**

A CDB é um instrumento de direito internacional acordado durante a reunião das Nações Unidas realizada no Rio de Janeiro de 1992, notabilizada como Rio-92 ou Eco-92. Desde 1992 o Brasil é país signatário da Convenção, entretanto, apenas em 1994 houve a sua ratificação, deixando a CDB com status de lei ordinária no país.

A CDB tem três objetivos básicos: a conservação da diversidade biológica, o uso sustentável de seus componentes e a repartição justa e equitativa dos benefícios que advêm do uso dos recursos genéticos.

---

<sup>61</sup> Vandana Shiva faz uma crítica a esta patrimonialização da biodiversidade e do conhecimento tradicional: “A emergência das novas biotecnologias mudou o sentido e o valor da biodiversidade. Ela foi convertida, de base da sustentação da vida para as comunidades pobres, em base da matéria-prima para empresas poderosas.” SHIVA, Vandana. 2001, p. 92.

De acordo com Eliane Moreira, no final do século XX, a constatação de que a biodiversidade era um bem de enorme importância associada à percepção de que o mundo estava perdendo a biodiversidade em quantidades galopantes permitiu que emergisse o chamado paradigma da biodiversidade, trazendo no âmbito internacional a necessidade de criação de um regime que permitisse a conservação desse bem. Como medida de proteção, foi criada a Convenção da Diversidade Biológica. A mesma autora afirma que a CDB teria sido um divisor de águas para o estudo da biodiversidade, uma vez que amplia e diversifica os atores que fazem parte das discussões sobre a biodiversidade, com a valorização econômica da biodiversidade ingressam no debate empresas, Estados nacionais, entidades internacionais, ONGs e populações locais, esses últimos voltados para o uso sustentável da biodiversidade e a repartição de benefícios.<sup>62</sup>

Já na análise de Paulo de Bessa Antunes, a CDB contém princípios políticos de prevenção de danos, de conservação e de utilização da diversidade biológica como instrumento de desenvolvimento econômico e social.<sup>63</sup> Ou seja, o fim que a Convenção procura alcançar é a conservação da diversidade biológica com sua utilização de forma sustentável.

### 3.1.1 CDB e seus aspectos mais relevantes em relação ao conhecimento tradicional associado dos povos indígenas

O art. 1º. enumera os objetivos da Convenção: a conservação da diversidade biológica, a utilização sustentável de seus componentes e a repartição justa e equitativa dos benefícios derivados da utilização de recursos genéticos.

O art. 2º. traz uma série de definições de termos a serem utilizados na Convenção, por exemplo, são definidos área protegido, biotecnologia, condição in situ, conservação ex-situ, ecossistema, diversidade biológica, recursos biológicos, utilização sustentável etc.

---

<sup>62</sup> MOREIRA, Eliane. O direito dos povos tradicionais sobre seus conhecimentos associados à biodiversidade: as distintas dimensões destes direitos e seus cenários de disputa. In: I Seminário Internacional de proteção aos conhecimentos das sociedades Tradicionais, 2006, Belém. Disponível em : [www.socioambiental.org](http://www.socioambiental.org). Acesso em 15/01/2009.

<sup>63</sup> ANTUNES, P.B. **Diversidade Biológica e conhecimento tradicional associado**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002.

Logo no art. 3º., foi posto o princípio do direito internacional que cada Estado é soberano sobre a exploração de seus recursos naturais, tendo a responsabilidade de assegurar que as atividades sob sua jurisdição e controle não causem dano ao meio ambiente de outros Estados ou áreas além dos limites da jurisdição nacional.

De acordo com Caldas, durante a preparação da CDB um dos aspectos mais controvertidos consistiu na proposta apresentada por vários países do Norte, no sentido de que a biodiversidade fosse considerada como patrimônio comum da humanidade. Entretanto, os países em desenvolvimento foram fortemente contra esta idéia afirmando que ela apenas beneficiava os interesses das nações desenvolvidas e as suas indústrias químicas e farmacêuticas.<sup>64</sup>

Devido a esta pressão dos países em desenvolvimento, estabeleceu-se que embora a conservação da diversidade biológica fosse uma preocupação comum à humanidade, os Estados teriam direitos soberanos sobre seus recursos biológicos. Desta forma, cabe aos Estados regular a forma pela qual irão gerir seus recursos.

De acordo com Caldas, na visão das organizações indígenas a menção a soberania dos Estados não seria despretenciosa, pois teria implicações concretas na questão do acesso aos recursos, uma vez que estes encontram-se, em grande parte, em terras indígenas. Desta forma, Caldas afirma que a CDB deveria ter mencionado o direito a soberania dos povos indígenas e, neste sentido, afirmar que a soberania dos Estados encontra limites à livre determinação dos povos.<sup>65</sup>

O art. 8º., alínea “j” trata especificamente da conservação “in situ” estabelecendo que:

Cada Parte Contratante deve, na medida do possível e conforme o caso:  
j) Em conformidade com sua legislação nacional, respeitar, preservar e manter o conhecimento, inovações e práticas das comunidades locais e populações indígenas com estilo de vida tradicionais relevantes à conservação e à utilização sustentável da diversidade biológica e incentivar sua mais ampla aplicação com a aprovação e a participação dos detentores desse conhecimento, inovações e práticas; e encorajar a repartição equitativa dos benefícios oriundos da utilização desse conhecimento, inovações e práticas;

---

<sup>64</sup> CALDAS, Andressa. 2001, p. 140-141.

<sup>65</sup> CALDAS, Andressa. 2001, p. 142.

Desta forma, tem-se que a CDB reconhece a estreita e tradicional dependência dos recursos biológicos de muitas comunidades locais e populações indígenas com os estilos de vida tradicionais e no art. 8º. “j”, afirma-se que este tipo de utilização sustentável (das comunidades tradicionais) deve ser incentivado, mediante a participação equitativa dos benefícios oriundos do acesso e da utilização deste conhecimento.

O aludido artigo tratou da necessidade de uma repartição justa e equitativa dos benefícios oriundos da utilização do conhecimento tradicional. A regulação da forma pela qual se dará este acesso a recursos genéticos está posta no art. 15 da CDB. Basicamente, reafirma-se o direito soberano dos Estados sobre seus recursos, devendo estes criarem mecanismos para permitir o acesso aos recursos genéticos. Deve também o acesso ser sujeito ao consentimento prévio e fundamentado da parte contratante provedora de recursos (Estados), devendo as partes contratantes adotarem medidas legislativas, administrativas ou políticas para compartilhar de forma justa e equitativa os resultados de pesquisas e desenvolvimento de recursos genéticos e os benefícios oriundos de sua utilização comercial.

Uma crítica a ser feita é a CDB ter previsto de forma expressa que o portador privativo do consentimento prévio é o Estado, não delimitando os casos em que os recursos provêm de território indígena ou são provenientes de conhecimento tradicional associado. Desta forma, reconheceu-se no art. 8º. “j”, a importância dos povos tradicionais para manutenção de biodiversidade, prescrevendo que este modo de vida deve ser encorajado mediante repartição de benefícios oriundos da utilização de um saber tradicional, entretanto, ao se regular a forma de acesso as populações tradicionais são deixadas em segundo plano, sendo o Estado o portador privativo do consentimento prévio e detentor de possíveis benefícios oriundos da comercialização, por exemplo, de um produto desenvolvido a partir de um conhecimento tradicional associado.

Ainda, de acordo com Caldas, a CDB teria uma visão utilitarista pela proteção aos saberes tradicionais. Da análise do art. 8º. “j”, tem-se que a CDB impõe uma obrigação dos Estados de respeitar, preservar e manter o conhecimento,



inovações e práticas dos conhecimentos relevantes à conservação e à utilização da diversidade biológica, não afirmando a importância da proteção a outros diversos saberes dos povos tradicionais.<sup>66</sup>

Acerca desta visão utilitarista, entendendo a diversidade biológica e o conhecimento tradicional associado como uma *commoditie* McAfee assim bem expõe o problema:

As negociações da CDB têm sido influenciadas pelo enfoque da construção de um mercado global dos recursos genéticos, incluindo todos os conhecimentos atrelados à sua gestão, sejam eles o conhecimento científico aplicado às inovações decorrentes de sua utilização como o conhecimento atrelado ao know how da utilização destes recursos e sua conservação ou o conhecimento tradicional. (...)o acesso aos benefícios da biodiversidade sob a CDB depende da participação dos países ricos em biodiversidade no mercado dos recursos genéticos. Porém, quando os documentos da CDB definem os benefícios da biodiversidade como os benefícios derivados do uso dos recursos genéticos pela indústria biotecnológica, falha em reconhecer que os benefícios da biodiversidade já existem e são valorizados pelas pessoas que dependem deles diretamente para seu sustento, resguardo, prazer estético e significado espiritual. Esta identificação dos benefícios da biodiversidade e dos recursos genéticos reduz a diversidade biológica ao seu significado de commodity (mercadoria), separada de suas complexas inter-relações com o resto da natureza e da sociedade. De fato, o enfoque desenvolvimentista fantasiado de verde favorece uma visão dos ecossistemas como um depósito de commodities potenciais para preencher a demanda de consumidores externos, mais do que como uma base da vida local e nacional, ou como fontes de necessidades materiais e de significados e como o contexto biofísico das culturas.<sup>67</sup>

Por fim, Caldas afirma que houve uma espécie de acordo entre os países do sul e os do norte na celebração da CDB. Os países desenvolvidos teriam aceitado a soberania dos Estados em desenvolvimento (maiores detentores da diversidade biológica) sobre seus recursos e teria sido desenvolvido meios técnicos e jurídicos pelos países do norte para que mesmo existindo a soberania estatal sobre os recursos, estes pudessem ser livremente utilizados pela indústria. Um exemplo disso

<sup>66</sup> CALDAS, Andressa. 2001, p. 143.

<sup>67</sup> McAfee Apud CASTELLI, Pierina Germán. Governança Internacional do acesso aos Recursos Genéticos e dos saberes tradicionais: para onde estamos caminhando? In: I Seminário Internacional de Proteção aos conhecimentos das sociedades tradicionais, 2006, Belém. Disponível em: < [www.socioambiental.org](http://www.socioambiental.org) >. Acesso em 15/01/2009.

seria o reconhecimento no item 5 do art. 16 das patentes e outros direitos da propriedade intelectual.<sup>68</sup>

### 3. 2 Regulamentação no Brasil da CDB: a Medida Provisória 2.186/2001

No ordenamento jurídico brasileiro, as questões relacionadas ao acesso à biodiversidade são regulamentadas em nível federal pela Medida Provisória n. 2.052, de 30/06/2000, a qual sofreu diversas reedições e atualmente encontra-se em vigor através da Medida Provisória 2.186-16, de 23/08/2001.

Segundo Santilli, desde a Convenção da Diversidade Biológica diversos setores do governo e da sociedade civil discutiam a formulação de propostas legislativas para visar sua implementação. Entretanto, o Poder executivo “atropelou” este processo legislativo e baixou a Medida Provisória regulando a matéria, com dispositivos claramente inconstitucionais.<sup>69</sup>

A medida provisória regula quatro temas: o acesso ao patrimônio genético; a proteção e o acesso ao conhecimento tradicional associado; a repartição dos benefícios advindos da exploração econômica do produto ou processo desenvolvido em decorrência do acesso; e o acesso e a transferência de tecnologia. Importa ressaltar que esta MP, no que concerne a proteção ao conhecimento tradicional, regula apenas o acesso ao conhecimento tradicional associado ao patrimônio genético e não a qualquer tipo de conhecimento tradicional (mitos, rituais etc).

---

<sup>68</sup> CALDAS, Andressa. 2001, p. 144.

<sup>69</sup> A medida provisória foi editada às pressas pelo governo para “legitimar” o acordo firmado entre a organização social Bioamazônica e a multinacional Novartis Pharma, em 29/05/2000, que prevê o envio de 10 mil bactérias e fungos da Amazônia ao referido laboratório Suíço. A organização social Bioamazônica foi criada pelo próprio governo federal para coordenar a implementação do programa Brasileiro de Ecologia Molecular para o Uso Sustentável da Biodiversidade da Amazônia ( Probem). Diante da repercussão negativa do acordo, o governo decidiu editar uma Medida Provisória que regulasse, ainda, que casuisticamente, o acesso aos recursos genéticos e aos conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade. (SANTILLI, Juliana. **Regimes legais de proteção e a “pirataria legislativa”: Medida Provisória viola direitos indígenas e legitima a biopirataria em suas terras.** Disponível em: [HTTP://scholar.google.com.br/scholar?q=Biodiversidade+e+conhecimento+tradicionais+Regimes+legais+de+prote%C3%A7%C3%A3o+e+a+%22pirataria+legislativa%22&hl=pt-BR&um+1&ie=UTF-8&oi=scholar](http://scholar.google.com.br/scholar?q=Biodiversidade+e+conhecimento+tradicionais+Regimes+legais+de+prote%C3%A7%C3%A3o+e+a+%22pirataria+legislativa%22&hl=pt-BR&um+1&ie=UTF-8&oi=scholar). Acesso em: 15/12/2008).

Já em análise dos dispositivos da MP, tem-se que seguindo a Diretriz da Convenção sobre Diversidade Biológica, é estabelecido o direito soberano dos Estados sobre seus recursos biológicos. Deixa claro o art. 2º., que o acesso ao patrimônio genético existente no país somente será feito mediante autorização da União e terá seu uso, comercialização e aproveitamento para quaisquer fins submetidos à fiscalização, restrições e repartição de benefícios nos termos e nas condições estabelecidas pela Medida provisória.

O art. 7º, V da MP traz uma série de definições, entre elas conceitua o acesso ao conhecimento tradicional associado como uma obtenção de informação sobre conhecimento ou prática individual ou coletiva, associada ao patrimônio genético, de comunidade indígena ou de comunidade local, para fins de pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico ou bioprospecção, visando sua aplicação industrial ou de outra natureza”.<sup>70</sup>

Uma crítica necessária à Medida Provisória é sua postura oscilante. Em seu art. 4º., anuncia que é preservado o intercâmbio e a difusão de componentes do patrimônio genético e do conhecimento tradicional associado praticado entre si por comunidades indígenas e comunidades locais para seu próprio benefício e baseados em prática costumeira. Entretanto, não se estabelece a forma pela qual se dará a proteção. Em seu capítulo III, específico à proteção do conhecimento tradicional associado, o art. 8º. parágrafo 1º. se inicia com a afirmação que o Estado reconhece o direito das comunidades indígenas e locais sobre o uso de seus conhecimentos tradicionais associados. Mas, logo no parágrafo seguinte, afirma-se que o conhecimento tradicional associado ao patrimônio genético integra o patrimônio cultural brasileiro.

---

<sup>70</sup> Segundo Lavratti, está sendo discutida na Câmara Temática de Conhecimentos Tradicionais Associados do CGEN ( Conselho de Gestão do Patrimônio genético- órgão que como se verá adiante é competente para regular o controle do sistema de acesso) uma proposta de orientação técnica destinada a esclarecer quando o conhecimento tradicional é considerado como associado ao patrimônio genético. Para tanto, parte-se da definição adotada no anteprojeto de lei elaborado pelo CGEN em que se entendeu o conceito como: “*obtenção de informação sobre conhecimentos tradicionais associados à diversidade biológica que possibilite ou facilite o acesso a material genético e seus **produto***” (LAVRATTI, Paula Cerski. **Acesso ao patrimônio Genético e aos conhecimentos tradicionais associados**, p.3. Disponível em: [http://www.museu-goeldi.br/institucional/i\\_prop\\_documen.htm](http://www.museu-goeldi.br/institucional/i_prop_documen.htm). Acesso em 07/01/2009).

### 3.2.1 Principais questões relativas à Medida Provisória

#### a) Competência para autorizar atividades de acesso:

É o Conselho de Gestão do Patrimônio Genético –CGEN, vinculado ao Ministério do Meio Ambiente a autoridade competente para autorizar as atividades de acesso. Segundo cartilha do Ministério do Meio Ambiente, que dispõe sobre as regras para o acesso legal ao patrimônio genético e conhecimento tradicional associado<sup>71</sup>, o CGEN seria um órgão de caráter deliberativo e normativo integrado por representantes de diversos Ministérios<sup>72</sup>, por órgãos e entidades da Administração Pública Federal<sup>73</sup>, que tem direito a voto, e representantes da sociedade civil, que têm apenas direito a voz<sup>74</sup>.

Esta atual formação do CGEN, composto basicamente por representantes da Administração Pública Federal, é altamente criticada uma vez que não dá direito a voto aos representantes da sociedade civil. Inclusive, até 2002 não havia nem ao menos direito a voz a setores da sociedade civil, tendo o quadro sido revertido pela então Ministra do Meio Ambiente Marina Silva. Ainda, segundo Lavratti, para que os convidados permanentes pudessem ter direito a voto seria necessária uma alteração na Medida Provisória, já que esta prevê composição do CGEN restrita ao governo.

#### b) Requisitos para autorização:

Prevê ainda a Medida Provisória certos requisitos para que o CGEN possa autorizar atividades de pesquisa, bioprospecção e desenvolvimento tecnológico. Primeiramente, será necessário a apresentação de um projeto de pesquisa que

<sup>71</sup> Cartilha disponível em: <http://www.museu-goeldi.br/institucional/cartilha.p>

<sup>72</sup> Ministérios do Meio Ambiente, da Ciência e Tecnologia, da Saúde, da Justiça, da Agricultura, Pecuária e Abastecimento, da Defesa, da Cultura, das Relações Exteriores, do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior.

<sup>73</sup> Entidades e órgãos da Administração pública Federal: IBAMA, Instituto de Pesquisa Jardim Botânico do Rio de Janeiro, CNPq, Instituto Nacional de Pesquisa da Amazônia, Museu Paraense Emílio Goeldi, Embrapa, Fundação Oswaldo Cruz, Funai, Instituto Nacional de Propriedade Industrial, Fundação Cultural Palmares.

<sup>74</sup> Sociedade civil: Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência – SBPC, Associação Brasileira de Organizações Não Governamentais – Abong, Associação Brasileira das Empresas de Biotecnologia– Abrabi, Conselho Empresarial Brasileiro para o Desenvolvimento Sustentável – Cebds, Comissão Nacional de Articulação das Comunidades Negras Rurais e Quilombolas, Conselho Nacional de Seringueiros – CNS e Coordenação das Organizações Indígenas da Amazônia – Coiab e Ministério Público.

atenda aos requisitos do Decreto n. 3.945/2001. Havendo acesso a patrimônio genético, deverá ser demonstrado que a Instituição possui estrutura disponível para manuseio das amostras, além de ser obrigatório o depósito de uma subamostra do material em uma Instituição credenciada como fiel depositária. Outra exigência é a apresentação da anuência prévia<sup>75</sup> do proprietário da área onde será coletado o material ou da comunidade indígena ou local detentora do conhecimento tradicional a ser acessado. Ainda, no caso do projeto ter potencial uso econômico, como nos casos de bioprospecção, deverá ser juntado o Contrato de Utilização do Patrimônio Genético e de Repartição de Benefícios.

Segundo a assessora do CGEN, “anuência prévia” é o documento que comprova que o provedor do patrimônio genético ou do conhecimento tradicional associado efetivamente compreenderam o projeto que se pretende realizar e, mais do que isso, concordaram com a realização da atividade.<sup>76</sup> Em relação a “anuência prévia” dada por comunidades indígenas, a Medida provisória afirma da necessidade de ser ouvida a FUNAI, declarando ter ciência de que o processo de anuência prévia está sendo realizado.

O CGEN, através de Resoluções, impõe os requisitos da “anuência prévia”. Os requisitos são variáveis e dependem da finalidade da atividade, se há ou não potencial uso econômico, se há envolvimento de comunidades indígenas ou locais. Segundo Lavratti:

“basicamente, o processo de obtenção de “anuência prévia” deve ser pautado pelo esclarecimento da comunidade, em linguagem acessível, sobre o projeto a ser realizado e seus impactos sociais, culturais e ambientais; pelo respeito às formas de organização social e de representação política tradicional; pela definição clara dos direitos e responsabilidades da cada parte na execução do projeto e nos resultados esperados; e pelo reconhecimento do direito da comunidade de negar o acesso ao conhecimento tradicional associado durante o processo de obtenção da anuência prévia.” Prossegue a mesma autora afirmando que “o termo de anuência prévia deverá conter informações que evidenciem o atendimento das diretrizes elencadas acima, devendo ser assinado, obrigatoriamente, pela comunidade (conforme sua organização e representação tradicional), ou, então, por meio de aposição de impressões

---

75 A utilização do termo “anuência prévia” em detrimento do “consentimento prévio informado”, mecanismo consagrado pela Convenção sobre Diversidade Biológica, com um grande acúmulo de discussão e peso político, foi imensamente criticada, uma vez que o termo “anuência prévia” não foi conceituado legalmente, abrindo possibilidade de interpretações subjetivas. Apesar disso, esta monografia utilizará nesta parte descritiva da MP o termo “anuência prévia” e a forma como este é conceituado pelo CGEN.

<sup>76</sup> LAVRATTI, Paula Cerski. p. 5.

datilográficas. Além disso, deverá ser elaborado um relatório sobre o procedimento adotado para a obtenção da anuência.<sup>77</sup>

Em relação a “anuência prévia” para acesso a conhecimento tradicional associado com finalidade de bioprospecção ou desenvolvimento tecnológico a Resolução n. 06/2003 impõe os seguintes requisitos: deverá haver acompanhamento do processo de anuência prévia documentado através de laudo antropológico, que deverá conter a indicação das formas de organização social e de representação política, a avaliação do grau de esclarecimento da comunidade sobre o conteúdo da proposta e suas conseqüências, avaliação dos impactos socioculturais decorrentes do projeto, descrição detalhada do procedimento de anuência e avaliação sobre o grau de respeito do processo de obtenção da anuência. Além disso, o termo de anuência deverá conter normas que regulem a forma de repartição de benefícios.

Como afirmado acima, nos casos em que se vislumbre potencial uso econômico do projeto deverá ser feito um contrato de utilização do patrimônio genético e de repartição dos benefícios.<sup>78</sup>

Uma grande inovação desta Medida provisória foi tentar estipular cláusulas mínimas no contrato de utilização do patrimônio genético para que parcela dos benefícios percebidos, decorrentes da exploração econômica de produto ou processo baseado no acesso, fosse destinado ao proprietário da onde o material foi coletado e/ou da comunidade provedora do conhecimento acessado.<sup>79</sup>

Segundo o art. 29 da Medida provisória, a repartição de benefício ajustada no contrato deve ser “justa e equitativa”. Diante do conceito subjetivo de justiça e equidade, há ocorrido discussões no CGEN, centrando-se, especialmente, quanto à competência do CGEN para avaliar a justiça e a equidade por ocasião da anuência, ou seja, discute-se sobre até que ponto o CGEN pode interferir na autonomia privada dos contratantes.

As resoluções 07/2003 e 11/2004 do CGEN fornecem diretrizes para elaboração de contratos, a primeira se refere a contratos firmados entre particulares

---

<sup>77</sup> LAVRATTI, Paula Cerski. p. 6.

<sup>78</sup> Art. 16 parágrafo 4º. da MP

<sup>79</sup> As cláusulas mínimas estão postas no art. 28 da MP

e a segunda em relação aos contratos que envolvam o acesso ao patrimônio genético provido por comunidades indígenas e locais.

No contrato de repartição de benefício, são obrigatórias além das cláusulas usais (partes contratantes, objeto lícito, prever penalidades, rescisão, foro), a quantificação da amostra e o uso pretendido, direitos e responsabilidades das partes. Segundo Lavratti, o prazo de duração do contrato é outra exigência, pois ele deve alcançar o período em que efetivamente se auferirá algum ganho econômico. Segundo a assessora do CGEN, as atividades de bioprospecção podem durar anos, um prazo pequeno pode resultar na extinção da obrigação de repartir os benefícios antes mesmo que exista um produto.

Outra cláusula essencial no contrato de repartição de benefícios é a que estabelece a forma desta repartição (taxas de bioprospecção, royalties, participação em lucros, etc)<sup>80</sup>. De acordo com Santilli, na temática de mecanismos de repartição de benefícios tem-se discutido também a criação de fundos que beneficiariam projetos de conservação da diversidade biológica nos territórios ocupados por povos tradicionais, assim como projetos de sustentabilidade econômica, social e cultural desses povos, com previsão de acesso prioritário aos recursos para projetos apresentados pelos povos.<sup>81</sup>

#### c) Direitos de Propriedade industrial:

O art. 31 da referida Medida provisória dispõe que a concessão de propriedade industrial pelos órgãos competentes, sobre processo ou produto obtido a partir de amostra de componente do patrimônio genético, fica condicionada à observância da Medida Provisória, devendo o requerente informar a origem do material genético e do conhecimento tradicional associado, quando for o caso. Com este dispositivo almejou-se condicionar a concessão de patentes à observância da MP, fazendo com que para que se pudesse conceder patentes fosse necessário a obtenção de anuência prévia, a autorização do CGEN e, em casos que do acesso houvesse perspectivas de ganhos financeiros, o contrato de repartição de benefícios.

---

80 O art. 25 da MP determina que os benefícios poderão constituir-se, dentre outros, de: divisão de lucros, pagamento de royalties; acesso e transferência de tecnologias; licenciamento, livre de ônus, de produtos e processos; e capacitação de recursos humanos.

<sup>81</sup> SANTILLI, Juliana. 2005, p. 234.

Ocorre que, na prática, a medida não foi implementada pelo Instituto Nacional de Propriedade Industrial (INPI). O motivo seria que alguns setores defendem a regulamentação do artigo. Há uma tese, inclusive, que afirma ser ineficaz a exigência de qualquer novo requisito à concessão de patentes, pois isto seria descumprir o acordo TRIPS, responsável por elencar os requisitos necessários em nível mundial.

### 3.2.2 Anteprojeto de Lei da Casa Civil:

Como afirmado acima, a Medida Provisória 2.186 gerou inúmeras críticas, a maior delas é que sem maiores debates e reflexões regulou a forma como se daria o acesso a recursos genéticos no país, um tema de imensa importância para o Brasil.

Por isso, em 2003, o CGEN criou uma Câmara temática para discutir uma nova legislação. De acordo com Instituto Socioambiental, o processo de discussão teria sido em tese aberto, mas poucas entidades teriam efetivamente participado do debate, devido a pouca divulgação e a falta de apoio financeiro para viabilizar a participação. Isto fez com que em maio de 2007, 77 organizações de povos indígenas e comunidades tradicionais, 16 organizações não governamentais e 16 redes, fóruns e articulações nacionais da sociedade civil protocolassem um pedido de audiência pública na Casa Civil para que fosse estabelecido um processo mais amplo e participativo do projeto de Lei. Entretanto, tal pedido nunca teria sido respondido. O que efetivamente ocorreu foi uma consulta pública via internet (até fevereiro de 2008) aceitando críticas e sugestões ao anteprojeto. A maneira escolhida pelo governo para colher opiniões foi criticada, pois não respeitaria a Convenção 169 da OIT, que afirma que os Estados têm de consultar previamente os povos indígenas na tomada de decisões e formulações de políticas públicas que afetem seu modo de vida, recursos e territórios.<sup>82</sup>

O conteúdo do Anteprojeto é extenso, sendo exposto em 142 artigos. Pretende-se regular o direito de populações tradicionais ao uso de seus recursos e

---

<sup>82</sup> Notícia disponível no site <[http:// www. socioambiental.org](http://www.socioambiental.org)> . Acesso 18/09/09.



conhecimentos, o envio de material genético brasileiro para o exterior, criação de novos impostos, o desenvolvimento de mecanismos de proteção de propriedade intelectual, sanções penais e administrativas.

O Anteprojeto da Casa Civil mantém a exigência de anuência prévia das populações tradicionais, assim como a necessidade do contrato de repartição de benefícios. Na questão da repartição de benefícios há uma inovação, propõe-se criar uma contribuição de intervenção no domínio econômico (CIDE), quando a União e instituição estrangeira ou comunidades tradicionais e instituições estrangeiras firmarem contratos de acesso a patrimônio genético ou conhecimento tradicional a ele associado.<sup>83</sup>

Em relação aos direitos de propriedade intelectual, tem-se a manutenção da proteção. Ao menos, avança-se ao reconhecer os conhecimentos tradicionais como de natureza coletiva e que às comunidades tradicionais cabem direitos morais e patrimoniais sobre a utilização deste conhecimento. Afirma-se nos arts. 40 e 41 que os direitos morais são inalienáveis, impenhoráveis e irrenunciáveis. Os direitos patrimoniais seriam apenas impenhoráveis e irrenunciáveis, sendo passível sua comercialização.

Outra inovação seria a criação de um Fundo de Repartição de Benefícios do Recurso Genético e dos Conhecimentos Tradicionais Associados (FURB), visando promover a sustentabilidade social, econômica, ambiental e cultural das comunidades tradicionais (art. 98, II).

Apesar da iniciativa do Anteprojeto datar de 2003, ele ainda não foi posta à votação no Congresso. Em janeiro de 2008, encerrou-se a consulta pública feita pela Internet e, de acordo com as últimas notícias, em 15 de setembro de 2009, o Ministro do Meio Ambiente Carlos Minc assinou um aviso endereçado à Casa Civil requisitando que o aludido projeto seja encaminhado ao Congresso. Entretanto, apenas após o crivo da Casa Civil o anteprojeto será efetivamente remetido para votação.<sup>84</sup>

---

<sup>83</sup> Art. 72 do Anteprojeto de lei da Casa Civil.

<sup>84</sup> Notícia publicada em : [HTTP://www.jornaldociencia.org.br/detalhe.jsp?id+66015](http://www.jornaldociencia.org.br/detalhe.jsp?id+66015). Acesso em 21/09/2009.

### 3.3 Dificuldades na aplicação da CDB e da Medida Provisória

A principal crítica a ser feita aos dois instrumentos normativos é a mercantilização tanto da biodiversidade quanto do conhecimento tradicional a ela associado. Ao se perceber que a biodiversidade e o conhecimento tradicional poderiam ser fontes lucrativas, decidiu-se por regulamentar saberes que até então só tinham importância para aquelas comunidades que os criaram, como afirma Caldas logo no título de sua dissertação, a regulação jurídica do conhecimento tradicional seria uma conquista dos saberes.

Como exposto anteriormente, tem-se que a tanto a CDB quanto a MP não instituíram às comunidades tradicionais nenhum tipo de proteção aos conhecimentos tradicionais associados, possibilitaram apenas que estas auferissem algum ganho econômico se, a partir de seu conhecimento tradicional associado, fosse desenvolvido produto com retorno financeiro.

Criticando esta visão “mercantil” posta na Medida provisória, Caldas afirma que:

A medida provisória, portanto, busca “resolver” a questão do acesso ao conhecimento tradicional mediante a forma mercantil da repartição dos benefícios econômicos, transformando, deliberadamente, toda uma gama de saberes em mercadorias. Consoante alerta Laymert Garcia dos Santos, a preocupação central “não pode ser a questão de uma compensação justa pela apropriação do conhecimento tradicional ou do recurso a ele associado, mas sim a admissão de que as comunidades tradicionais precisam ser protegidas da transformação de seus conhecimentos e recursos em matéria-prima ou mercadoria apropriável por terceiros.”<sup>85</sup>

Entretanto é necessário ponderar que embora a regulação jurídica do acesso ao conhecimento tradicional seja inadequada, pois há a adoção de instrumentos legais próprios do sistema jurídico ocidental às comunidades que têm outras forma de organização social, a recusa de adoção destes instrumentos legais pode implicar na total liberalização da biopirataria, na medida que se retira da esfera

---

<sup>85</sup> CALDAS, Andressa. 2001, p. 169.

estatal a possibilidade de fiscalização do acesso aos recursos naturais que integram a biodiversidade.<sup>86</sup>

Acerca da possível retribuição justa e equitativa dos benefícios da biodiversidade, Vandana Shiva aponta alguns problemas citando o exemplo de um acordo de 1991 entre a Merck Pharmaceuticals e o INBio ( Instituto Nacional da Costa Rica). De acordo com Shiva, a Merck concordou em pagar 1 milhão de dólares pelo direito de manter e analisar amostras de plantas coletadas nos parques da floresta tropical úmida da Costa Rica pelos funcionários da INBio. Este acordo na forma em que foi feito não respeita os direitos das comunidades tradicionais, uma vez que os povos que vivem nos parques ou em sua vizinhança não foram consultados na feitura do acordo, estas não têm voz na transação e nem garantia dos seus benefícios. Da mesma forma, o valor da retribuição seria irrisório já que a receita anual da Merck giraria em torno de 4 bilhões de dólares. Ou seja, os que venderam o direito de bioprospecção nunca tiveram direito à biodiversidade e aqueles cujos direitos foram vendidos não foram consultados. Ainda, Shiva aponta outro problema neste contrato de bioprospecção, as taxas cobradas pela INBio não estariam sendo usadas para aumentar a capacidade científica na Costa Rica, mas sim para criar uma instalação para a Merck, pois quando a empresa forneceu o equipamento de extração química à Universidade da Costa Rica ela teria assegurado de que teria uso comercial exclusivo sobre ele. Logo, a capacidade tecnológica desenvolvida não ficaria disponível aos interesses nacionais mais amplos do país, mas sim aos interesses da empresa financiadora.<sup>87</sup>

Outro aspecto a ser levantado é a pouca eficácia da CDB. É correto afirmar que o acordo narrado acima não é a regra quando se pensa no acesso à biodiversidade. Como explicitado no capítulo anterior, há a questão da biopirataria. Tanto a CDB como a MP permitem patenteamento por empresas privadas de patrimônio genético e conhecimento tradicional associado, desde que observadas suas diretrizes (consentimento prévio fundamentado e repartição dos benefícios). Apesar disso, tais diretrizes são discutidas e descumpridas, uma vez que não há imposição de sanções. Logo, apesar de existir regulamentação deste acesso à biodiversidade, na prática, a CDB teria pouca eficácia. De acordo com Santilli,

---

<sup>86</sup> CALDAS, Andressa. 2001, p. 106.

<sup>87</sup> SHIVA, Vandana. 2001, p. 102/103.

enquanto for legalmente possível uma multinacional coletar material biológico em um país do sul e levá-lo para o exterior, sintetizá-lo e obter uma patente sobre o produto resultante sem imposição de qualquer sanção ou penalidade pelo sistema internacional, muito pouca eficácia prática terá a CDB.<sup>88</sup> Percebendo esta falha, o anteprojeto de Lei da Casa Civil, que visa substituir a Medida Provisória 2.186/2001, cria dois tipos penais. Um se refere à remessa ou transporte para o exterior de material genético sem autorização ou licença do órgão competente e o outro refere-se à utilização do patrimônio genético ou conhecimento tradicional associado para práticas que resultem sérios danos ao meio ambiente.

---

<sup>88</sup> SANTILLI, Juliana. 2005, p.208.

## IV- REGIME “SUI GENERIS” DE DIREITOS INTELECTUAIS COLETIVOS

### 4.1 Argumentos para criação de um regime “sui generis”

De acordo com Vandana Shiva, o patenteamento de princípios ativos não protege o conhecimento nativo, uma vez que protegê-lo significa uma contínua disponibilidade e acesso para as gerações futuras e sua livre troca no interior das comunidades tradicionais.<sup>89</sup> Da mesma forma, o sistema atual da propriedade industrial seria inapto para proteção da biodiversidade, já que não seria sustentável com o sistema comunitário, em que a biodiversidade seria entendida segundo princípios de justiça e sustentabilidade, envolvendo uma combinação entre direitos e responsabilidades entre seus usuários, em um sentido de co-produção com a natureza.<sup>90</sup>

A mesma autora afirma as inúmeras diferenças entre os sistemas de propriedade intelectual privada e comunitária. A primeira diferença seria a de que os sistemas de propriedade comunitária reconhecem o valor intrínseco da riqueza da biodiversidade, já os sistemas privados vêem esse valor como criado para exploração comercial. Citando o biólogo John Todd, Vandana afirma que a biodiversidade carrega consigo a inteligência de três bilhões e meio de anos de experimentação com formas de vida, havendo uma co-produção humana em harmonia com a natureza. Já os DPI seriam mais uma proteção ao investimento de capital que um reconhecimento da criatividade, há uma tendência à posse dos conhecimentos e ao fechamentos dos “domínios comuns” do conhecimento.<sup>91</sup>

Continuando a crítica acerca da impossibilidade da tutela jurídica do conhecimento tradicional através do sistema de propriedade intelectual clássico, Vandana Shiva cita a forma como este é encarado perante as regras atuais e através da conceituação de bioprospecção. Segundo a autora, o Instituto Mundial de Recursos definiu bioprospecção como a exploração de recursos genéticos e bioquímicos de valor comercial. A metáfora fora emprestada da prospecção de ouro e petróleo. Tal definição sugere que o uso e o valor da biodiversidade residem no prospector, enquanto, na verdade, ela é mantida pelas comunidades locais. A

---

<sup>89</sup> SHIVA, Vandana. 2001, p. 104.

<sup>90</sup> SHIVA, vandana. 2001, p. 93/94

<sup>91</sup> SHIVA, vandana. 2001, p.93

metáfora da bioprospecção esconde, dessa maneira, o uso anterior, o conhecimento e os direitos associados à biodiversidade, os sistemas econômicos alternativos desapareceriam e os monopólios instituídos pelo DPI pareceriam naturais. Cria-se a idéia que apenas as grandes empresas geram o uso e o valor ao se falar em bioprospecção. Pagaria-se um percentual de lucros para comunidade ou país provedor do patrimônio genético ou o conhecimento tradicional e se acabaria com o uso sustentável já feito por inúmeros sistemas alternativos. Segundo Shiva: “quando se pede às comunidades nativas que vendam seu conhecimento às corporações, está se pedindo que vendam seu direito inato de continuar a praticar suas tradições no futuro e suprir suas necessidades com conhecimentos e recursos próprios.”<sup>92</sup>

De acordo com o DPI, o sistema de conhecimento nativo não existe. Desta forma, uma publicação de indústria farmacêutica que dependa fortemente do conhecimento nativo para muitas de suas drogas à base de plantas, menciona os direitos da biodiversidade do Terceiro Mundo não como direitos intelectuais de povos ou, direitos consuetudinários que evoluíram durante séculos, mas como um direito de propriedade recentemente estabelecido, resultante de um acidente geográfico. O máximo que um país em desenvolvimento pode reivindicar pelas drogas extraídas das suas plantas e animais por estrangeiros é uma taxa geográfica.<sup>93</sup>

No mesmo sentido alerta Laymert Garcia da necessidade de um regime *sui generis*, sendo preciso reconhecer:

“1) que o conhecimento tradicional difere fundamentalmente do conhecimento tecno-científico moderno, por integrar uma outra cultura; 2) que não é e nunca foi concebido como propriedade de alguém, não podendo portanto ser alienado; 3) que por ser coletivo, tanto sincrônica quanto diacronicamente, só pode ser protegido através de um direito coletivo; 4) que por ser de outra natureza, inalienável e coletivo, deve ser regido por um regime *sui generis* e não pela propriedade intelectual; 5) que seu valor não se reduz à dimensão econômica, conservando ainda as dimensões social, cultural, ambiental, técnica e cosmológica; 6) que não tendo valor exclusivamente econômico, não pode ser referido apenas a uma questão de repartição de benefícios dele decorrentes; 7) que a sua proteção é imprescindível para a conservação da bio e da sociodiversidade; 8) que em virtude de seu caráter específico e de sua fragilidade perante o conhecimento tecno científico moderno só pode ser preservado se os povos que o detêm puderem mantê-lo e desenvolvê-lo, negando inclusive o acesso aos recursos a ele associados quando julgarem necessário; 9) que o conhecimento tradicional não pode ser reduzido à condição de matéria-

<sup>92</sup> SHIVA, Vandana. 2001, p.100-101.

<sup>93</sup> SHIVA, Vandana. 2001, p.101

prima disponível para a valorização do conhecimento e do trabalho biotecnológicos.”<sup>94</sup>

Diante das distorções narradas, decorrentes de um sistema monista de proteção ao conhecimento- TRIPS-, surge a necessidade de se pensar em um sistema apto a proteger o conhecimento dos povos indígenas e tradicionais. Segundo Nijar, um regime *sui generis* tem como objetivo proteger e preservar os valores fundamentais e a coexistência social e a integridade cultural dessas comunidades com grande responsabilidade para a conservação e sustentabilidade na utilização da diversidade biológica.<sup>95</sup>

A possibilidade deste regime *sui generis*, encontra-se, inclusive, prevista e permitida pelo art. 27.3 do acordo TRIPS. Entretanto, alerta Caldas que apesar da previsão do TRIPS, e de acordo com os seus critérios, o regime *sui generis* somente poderia ser semelhante, ou pelo menos próximo daquele delineado pela UPOV (União para proteção de Novas Obtenções vegetais).<sup>96</sup>

Pensando um regime *sui generis* baseado além dos parâmetros impostos pelo TRIPS e entendido por Caldas<sup>97</sup> como um sistema que protegeria “direitos coletivos intelectuais” estão os pesquisadores da Third World Network, que têm defendido o desenvolvimento de um sistema *sui generis* que respeite o caráter coletivo e intergeracional das inovações das comunidades tradicionais indígenas.

#### **4.2 Pressupostos e elementos fundamentais para a construção de um regime jurídico “sui generis” de proteção aos conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade**

Juliana Santilli ao tentar delinear a construção de um regime *sui generis* pontua o que para ela seriam pressupostos fundamentais. Inicialmente, é preciso

<sup>94</sup> Laymert Garcia Apud CALDAS, Andressa. 2001, p. 123/124.

<sup>95</sup> WANDSCHEER, Clarissa Bueno. 2004, p. 151.

<sup>96</sup> CALDAS, Andressa. 2001 p. 114.

<sup>97</sup> Esta autora afirma que: “como a expressão regime *sui generis* acabou sendo, pelo seu uso relacionado com o modelo de regulação estabelecido pelo Acordo TRIPS, notadamente como o regime de proteção de cultivares (direito de melhorista), preferiu-se considerar, nesta dissertação, os direitos coletivos intelectuais como um sistema de regulação distinto do *sui generis*.” CALDAS, Andressa. 2001, p. 121.

reconhecer que os componentes materiais (território e recursos naturais) e os componentes intangíveis ( conhecimentos, inovações e práticas) da biodiversidade estão intimamente ligados, logo, sem a efetiva tutela dos territórios e recursos ocupados por esses povos será impossível assegurar a continuidade da produção do conhecimento tradicional. Outra idéia norteadora do sistema é que se deve proteger a integridade intelectual e cultural, bem como dos valores espirituais associados aos conhecimentos tradicionais. Também afirma a autora que a criação de um regime jurídico de proteção será sempre uma pequena parte de um rol mais amplo de políticas públicas de promoção e valorização dos conhecimentos, inovações e práticas de povos indígenas e populações tradicionais.<sup>98</sup>

A mesma autora elenca alguns elementos fundamentais para que se possa pensar a construção de um regime jurídico *sui generis* de proteção aos conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade. Primeiramente, afirma-se a necessidade do reconhecimento da diversidade de ordens jurídicas concorrentes em um mesmo espaço territorial, ou seja, a sobreposições de ordenamentos jurídicos concorrentes ao do Estado, reconhecendo, portanto, um pluralismo jurídico.<sup>99</sup>

Segundo Santilli, nessa perspectiva pluralista, reconhece-se os sistemas de representação e legitimidade dos povos indígenas. A legitimidade para representar um povo indígena só pode ser estabelecida valendo-se das normas e critérios internos desses povos. As normas de representação individual regidas pelo direito civil são inapropriadas para contemplar a enorme diversidade de sistemas de representação dos povos tradicionais. Alguns povos fazem-se representar pelos seus caciques e chefes, cujos atributos para o exercício do poder variam, como idade, experiência, espírito guerreiro, aptidão para o xamanismo, habilidades para caça. Outros povos indígenas, entretanto, conferem o poder político decisório aos conselhos de anciãos.<sup>100</sup>

Outro requisito importante é o reconhecimento de direitos intelectuais coletivos, visto a própria essência da produção do conhecimento tradicional.

De acordo com Marés, direitos coletivos são aqueles que pertencem a um grupo sem pertencer a ninguém em especial, cada um é obrigado a promover sua

---

<sup>98</sup> SANTILLI, Juliana. 2005, p.214/216.

<sup>99</sup> SANTILLI, Juliana. Patrimônio Imaterial e Direitos Intelectuais Coletivos. In: In: I Seminário Internacional de proteção aos conhecimentos das sociedades Tradicionais Proteção aos conhecimentos das sociedades tradicionais, 2006, Belém. Disponível em: <[www.socioambiental.org](http://www.socioambiental.org)>. Acesso em 15/01/2009.

<sup>100</sup> SANTILLI, Juliana. 2006, p. 128.



defesa, que beneficia a todos. São indivisíveis entre seus titulares, são imprescritíveis, impenhoráveis, inembargáveis e intransferíveis. O mesmo autor afirma que os direitos coletivos se dividiriam em ao menos duas categorias, os direitos territoriais e os culturais, podendo ainda ser encontrada uma terceira categoria, formada pelo direito à organização social própria. Os direitos intelectuais coletivos podem ser identificados com os direitos culturais, se reportando a uma identidade cultural coletiva e a usos, costumes e tradições coletivamente desenvolvidos, reproduzidos e compartilhados.<sup>101</sup>

Na atribuição destes direitos intelectuais coletivos a um povo ou mesmo a mais comunidades é necessário prever um possível conflito, pois poderá estar excluindo outros co-detentores, gerando uma lógica de rivalidade que se pretende evitar. Segundo Santilli, há inúmeras situações em que os conhecimentos relativos às características, propriedades e usos de recursos biológicos são detidos e produzidos por vários povos indígenas. Eles podem ser compartilhados por povos indígenas que vivem em países diferentes que habitam uma mesma região etnográfica, ou mesmo uma mesma ecorregião, em geral coincidentes com a área de ocorrência daquele recurso biológico. O compartilhamento dos conhecimentos tradicionais por diversos povos pode ocorrer de formas diversas: sobre uma mesma espécie, podem ser desenvolvidos conhecimentos tradicionais diversificados, que podem variar de um povo ou comunidade para outro, ou mesmo dentro de um mesmo povo. Os conhecimentos tradicionais sobre uma mesma espécie podem variar quanto aos possíveis usos e propriedades, quanto aos modos de preparo.<sup>102</sup>

Assim é que se propõe o estabelecimento e o reconhecimento de direitos intelectuais coletivos sobre os conhecimentos tradicionais, dando-se a máxima extensão possível ao próprio conceito de coletivo, para que abarque não só os conhecimentos compartilhados por um único povo, como também aqueles detidos por mais de um povo ou comunidade.

Também é feita por Santilli uma distinção entre direitos coletivos de cunho patrimonial e de cunho moral. De acordo com a autora, os direitos morais implicam a possibilidade jurídica de se negar acesso aos recursos quando os povos tradicionais entenderem que há riscos ou ameaças à sua integridade intelectual, cultural e de

---

<sup>101</sup> SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés. 1999, p. 176/186.

<sup>102</sup> SANTILLI, Juliana. 2006, p. 127/128.

valores espirituais. Além desta possibilidade de vetar o acesso, os direitos morais também se referem aos direitos à indicação e ao reconhecimento público dos detentores do conhecimento tradicional, em quaisquer publicações ou outras formas de divulgação e utilização. O direito patrimonial ocorreria quando os detentores autorizarem a utilização de seu conhecimento tradicional e dele se beneficiarem economicamente.<sup>103</sup>

### 4.3 A conveniência ( ou não) da utilização dos registros e banco de dados

Como se demonstrou acima alguns doutrinadores já estabeleceram parâmetros mínimos para criação deste sistema *sui generis* para proteção do conhecimento tradicional. Uma questão discutida no âmbito da criação deste sistema é a conveniência ou não da utilização de bases de dados e registros para catalogar os conhecimentos tradicionais.

Em 2004, foi feito um relatório pela Universidade das Nações Unidas analisando o papel dos registros e dos bancos de dados na proteção do conhecimento tradicional.<sup>104</sup> O estudo fez uma análise dos registros e bancos de dados já existentes demonstrando pontos positivos e negativos na sua utilização. Os registros e bancos de dados<sup>105</sup> utilizados foram de quatro tipos: 1) registros feitos por iniciativa de povos indígenas, no caso analisado o povo Inuit do Canadá; 2) Bases de dados de instituições, foram analisados a Biozulua da Venezuela e a Traditional Knowledge Digital Library da Índia; 3) Bancos de dados desenvolvidos por ONG's, a Honey Bee; 4) Registros feitos pelos Estados, analisando o caso do Panamá e do Peru.

Nestas análises demonstrou-se de forma sintética os objetivos das catalogações, assim como suas formas de sistematização, havendo grande diferenças entre elas. Por exemplo, a catalogação do povo Inuit do Canadá, da Biozulua da Venezuela, do Panamá e do Peru são sistemas fechados, ou seja, as

<sup>103</sup> SANTILLI, Juliana. 2005, p.227/229.

<sup>104</sup> Este estudo está disponível sob o título "The role of register and databases in the protection of traditional knowledge: a comparative analysis" em: <[http://www.ias.unu.edu/UNUIAS\\_TKregistersreport.pdf](http://www.ias.unu.edu/UNUIAS_TKregistersreport.pdf)>. Acesso em 11/07/2009.

<sup>105</sup> Logo na introdução do relatório conceitua-se e diferenciam-se os registros dos bancos de dados, os primeiros não seriam uma mera compilação, mas atribuiriam direitos àquela informação, já os bancos de dados seriam sistematizações de informações, que não confeririam proteção legal aos autores destas informações incluídas em seus bancos.

informações não estão disponíveis ao público. Já os bancos de dados da Traditional Knowledge Digital Library da Índia e da ONG Honey bee têm seus sistemas abertos.

A diferença apontada acima foi dada pela forma que a base de dado se propôs a atuar, se defensivamente a fim de ser parâmetro para evitar patentes indevidas baseadas em conhecimento tradicional ou positivamente, conferindo direitos de propriedade intelectual quando da emergência de um sistema *sui generis*. Na análise dos objetivos da ONG Honey Bee, vislumbra-se que ela almeja o intercâmbio de informação, a cooperação para o desenvolvimento da ciência e a justa distribuição de eventual lucro produzido por este intercâmbio. O Objetivo seria remunerar de alguma forma populações tradicionais e fomentar o intercâmbio na área científica, logo apenas se evitaria patentes irregulares em que não fosse feita repartição dos benefícios, mas não se atribuiriam nenhum tipo de direito intelectual aos povos que catalogarem seu conhecimento. O mesmo se pode dizer da Traditional Knowledge Digital Library, que apenas visou catalogar os conhecimentos da medicina ayurvédica para que estes não pudessem ser patenteados indevidamente. Já os outros sistemas apontados, como o do Panamá por exemplo, teriam partes públicas e outras privadas, sendo as últimas referentes a conhecimentos que podem ser base para produção de produtos suscetíveis de patentes. Logo, não estariam estes conhecimentos disponíveis, pois poderiam ser expropriados dos seus verdadeiros detentores. Entretanto, o objetivo destas catalogações é que com a eventual surgimento de um sistema *sui generis*, que proteja a propriedade intelectual coletiva, tais registros possam ensejar proteção de seu direito intelectual do povo que forneceu tal conhecimento.

Outro ponto que merece destaque no relatório é a diferenciação entre Registros declaratórios e constitutivos. De acordo com o relatório deveriam ser utilizados para proteção do conhecimento tradicional os registros declaratórios, uma vez que reconheceriam que os direitos sobre o conhecimento tradicional não nascem após qualquer ato governamental, mas sim são baseados em direitos ancestrais, tradicionais e morais.<sup>106</sup> Como afirma Santilli, qualquer registro de conhecimento tradicional deve ser facultativo, gratuito e de natureza declaratória, não podendo constituir condições para o exercício de quaisquer direitos. A criação

---

<sup>106</sup>“The role of register and databases in the protection of traditional knowledge: a comparative analysis”, p.32 Disponível em: <[http://www.ias.unu.edu/UNUIAS\\_TKregistersreport.pdf](http://www.ias.unu.edu/UNUIAS_TKregistersreport.pdf)>. Acesso em 11/07/2009.

do registro como condição para o exercício de direitos representaria um ônus excessivo para os povos e comunidades tradicionais.<sup>107</sup>

Em que pese os pontos negativos apontados no relatório, como o de que os bancos de dados possam servir como fonte facilitada para o acesso de pessoas que deles se utilizem indevidamente, o estudo apresenta no todo uma abordagem positiva à utilização dos bancos de dados em uma eventual criação de um regime *sui generis*. É afirmado que os bancos de dados podem ser úteis para promover a documentação e a preservação do conhecimento tradicional, que possam evitar patentes indevidas, que possam promover com maior facilidade divisões justas e equitativas dos benefícios dos conhecimentos e que, em momento posterior, quando da criação de um regime *sui generis*, podem ser mecanismos de proteção do direito de propriedade intelectual dos povos.

Juliana Santilli ao analisar a conveniência ou não dos bancos de dados ressalta o problema da estaticidade destes registros, uma vez que poderiam não acompanhar a natureza dinâmica dos conhecimentos tradicionais. Ou seja, a natureza dinâmica e evolutiva dos conhecimentos tradicionais seria incompatível com seu “congelamento” em bancos de dados e a permanente atualização de tais bases de informação seria uma tarefa hercúlea.<sup>108</sup>

Pontua Santilli que até hoje não existem regras relativas ao acesso às informações disponíveis em bancos de dados e registros, sendo tal lacuna danosa, pois a disponibilização em bancos de dados facilita o trabalho de bioprospectores, que poderão acessá-las facilmente sem o cumprimento dos requisitos da CDB. Para a autora, também seria inevitável que a criação de banco de dados, mesmo aqueles com função declaratória, suscitem a lógica de que as empresas consultem os registros e, verificando a ausência de registros relativos a determinadas informações sobre conhecimentos tradicionais, possam requerer patentes sobre produtos ou processos resultantes de tais informações. Ou seja, o registro produzirá o efeito de uma “certidão negativa”, as empresas com ele demonstrarão sua boa-fé no caso de patentes concedidos sobre produtos resultante de conhecimento tradicional.<sup>109</sup>

Por fim, é válido citar o entendimento de Ela Wieko V. de Castilho ao afirmar que a mera catalogação dos conhecimentos tradicionais sem auferir efetiva proteção

---

<sup>107</sup> SANTILLI, Juliana. 2005, p. 237.

<sup>108</sup> SANTILLI, Juliana. 2005, p. 237/238.

<sup>109</sup> SANTILLI, Juliana. 2005, p. 241/242.

a estes seria antiético, seria valorizar o conhecimento tradicional sem valorizar o povo que o detém, devendo ser empenho global que tal armadilha seja evitada. Além disso, afirma a autora, “extocá-lo ex situ (conhecimento tradicional) é fixá-lo temporalmente e transformá-lo numa peça de museu com utilização e eficácia bastante restritas, pertencente a um passado cada dia mais e mais remoto.”<sup>110</sup>

#### 4.4 Consequências da elaboração de um regime “sui generis”

Do analisado tem-se que o regime *sui generis* procura apresentar um outro sistema capaz de proteger os conhecimentos tradicionais associados. Segundo Wandscheer, este novo sistema apresenta os seguintes elementos: titularidade coletiva, direitos originários; direitos morais envolvendo o direito de ter indicada a origem do conhecimento, o direito de negar acesso, tanto na forma de utilização como de divulgação e transmissão de conhecimento; direitos patrimoniais de utilizar, gozar, fruir e perceber benefícios; garantias jurídicas de inalienabilidade, irrenunciabilidade, imprescritibilidade e inversão do ônus da prova.<sup>111</sup>

Jualiana Santilli descreve as orientações gerais acerca de um regime legal *sui generis* à tutela do conhecimento tradicional. Primeiramente, tem de ser reconhecer nulas as patentes concedidas sobre processos ou produtos que direta ou indiretamente resultam da utilização indevida do conhecimento tradicional. Entretanto, para que se possa declarar a nulidade da patente é necessário provar que o produto ou processo baseou-se em conhecimento tradicional, logo, sugere-se que tal prova seja feita pelo titular da patente, ou seja, inverte-se o ônus da prova. Este posicionamento pela não-patenteabilidade dos conhecimentos tradicionais dá-se pois é necessário que exista um livre intercâmbio de informações entre as várias comunidades, uma vez que é através das trocas que se possibilita a produção dos mesmos.

Em que pese não exista a possibilidade de patenteamento, há a possibilidade de acesso a tais conhecimentos. Entretanto, para que este ocorra é obrigatório o consentimento prévio dos povos indígenas, ressalvando-se o direito

<sup>110</sup> CASTILHO, Ela Wieko V. de. **Parâmetros para o regime jurídico sui generis de proteção ao conhecimento tradicional associado a recursos biológicos e genéticos**, p. 462. Disponível em: [http://pfdc.pgr.mpf.gov.br/publicações/docs\\_artigos/parâmetros](http://pfdc.pgr.mpf.gov.br/publicações/docs_artigos/parâmetros). Acesso em: 12/07/2009.

<sup>111</sup> WANDSCHEER, Clarissa Bueno. 2004, p. 157/158.

dos povos de poder negar tal acesso. Ainda, existindo finalidades comerciais no acesso ao conhecimento faz-se necessário a previsão de participação dos lucros gerado por processos ou produtos resultantes dos mesmos. Santilli pontua que estes contratos de acessos poderiam ser feitos com os próprios povos, que poderão contar com a assistência de órgão indigenista, ONG's e Ministério Público Federal. Da mesma forma, deve-se proibir a concessão de direitos exclusivos para determinada empresa ou pessoa.

Por fim, coloca-se a possibilidade da criação de um registro nacional de conhecimento tradicionais. Tal registro deve ser gratuito, facultativo e não declaratório, servindo apenas como meio de prova. A administração do registro deverá ser formada por representantes do governo, organizações não governamentais e associações indígenas, assim como um quadro de consultores ad hoc que possam emitir pareceres técnicos quando necessário.<sup>112</sup>

Do delineamento das características básicas na formulação de um regime *sui generis* demonstra-se a preocupação de que estes não sejam apropriados por uma única pessoa ou empresa, afirma-se a necessidade que estes conhecimentos circulem livres entre seus co-detentores. Esta livre circulação faz com que não ocorra usurpação do conhecimento tradicional de um povo por outro, por exemplo, que determinado povo forneça um conhecimento para uma indústria, sendo beneficiado por isso, esta indústria adquira uma patente e o outro povo co-detentor do conhecimento nada receba e, ainda pior, seja impossibilitado de utilizar seu próprio conhecimento. Da mesma forma, a livre circulação faz com que novos conhecimentos sejam gerados.

---

<sup>112</sup> SANTILLI, Juliana. **Regimes legais de proteção e a “pirataria legislativa”: Medida Provisória viola direitos indígenas e legitima a biopirataria em suas terras.** Disponível em: [HTTP://scholar.google.com.br/scholar?q=Biodiversidade+e+conhecimento+tradicionais+Regimes+legais+de+prote%C3%A7%C3%A3o+e+a+%22pirataria+legislativa%22&hl=pt-BR&um=1&ie=UTF-8&oi=scholar](http://scholar.google.com.br/scholar?q=Biodiversidade+e+conhecimento+tradicionais+Regimes+legais+de+prote%C3%A7%C3%A3o+e+a+%22pirataria+legislativa%22&hl=pt-BR&um=1&ie=UTF-8&oi=scholar). Acessado em: 15/12/2008).

## CONCLUSÕES

A presente monografia almejou delinear a tutela jurídica do conhecimento tradicional associados à biodiversidade dos povos indígenas. Primeiramente, foi preciso reconhecer o surgimento de novos sujeitos de direitos: os povos indígenas, considerados tanto coletivamente como individualmente. A partir desta constatação chegou-se a outra: a inadequação do sistema Estatal e do Direito ocidental, baseado no binômio público/privado, para proteção destes novos sujeitos de direito.

No quadro da regulação do conhecimento tradicional associado, a inadequação se daria da seguinte forma: o conhecimento tradicional associado passa a ser entendido com um bem imaterial, ou seja, poderá constituir um direito de propriedade. Entretanto, Acordos internacionais e a lei de propriedade industrial brasileira reconhecem apenas o direito de propriedade para um indivíduo ou uma empresa. Neste contexto, o conhecimento tradicional dos povos, que foi gerado por inúmeras gerações e pertence a todo um povo ou ainda a diversos povos não pode ser tutelado. Ainda, as disposições acerca da propriedade industrial permitem a fruição econômica deste direito por um período de tempo determinado. Os conhecimentos tradicionais são direitos coletivos, produzidos por inúmeras gerações, logo, como seria possível delimitar a uma geração a fruição econômica de um conhecimento produzido por incontáveis gerações?

Nesta lacuna, dois movimentos vêm se delineando. Por um lado, diversas indústrias se beneficiam desta lacuna, vão aos países ricos em biodiversidade e conhecimento tradicional a ela associado e, ao terem notícia deste conhecimento, dirigem-se aos escritórios europeu, japonês e americano de propriedade industrial pleiteando direito de patentes sobre estes conhecimentos. Foi isto que ocorreu no caso do pedido de patente sobre o processo de fabricação do cupulate, doce popular amazônico feito de cupuaçu, pela Asahi Foods e também no efetivo patenteamento de 6 processos baseados no nin indiano por uma empresa americana. De outro lado, há um outro movimento tentando regular o acesso ao conhecimento tradicional. Este movimento encontra-se delineado na Convenção da Diversidade Biológica. Nesta

define-se que deverá ser feita repartição justa e eqüitativa dos benefícios da biodiversidade com as comunidades tradicionais, nestas se incluindo os povos indígenas.

Os dois movimentos acima delineados ainda expressariam uma visão monolítica do direito. O primeiro movimento vê a inexistência de tutela jurídica ao conhecimento tradicional como forma de lucro fácil, aproveita-se da lacuna e finge não perceber que existem direitos intelectuais das comunidades tradicionais e dos povos indígenas, mas que estes não estão tutelados. A premissa é a de que como este direito intelectual não é assegurado efetivamente por meio de Leis dos Estados e dos Acordos Internacionais estes direitos não existem.<sup>113</sup> Se o primeiro movimento só vê o direito como aquilo que vem do Estado, o outro movimento por crer injusta a apropriação privada do conhecimento tradicional tentou superar a lacuna, propôs um mecanismo de repartição de benefícios coadunado com o sistema patentário. Por óbvio que isto já representa um avanço, entretanto, não chega ao ponto da questão: o reconhecimento dos direitos intelectuais coletivos, o que vedaria o patenteamento deste conhecimento. Ou seja, a visão monolítica aqui é não conseguir imaginar um sistema alternativo na proteção do conhecimento tradicional.

O reconhecimento de direitos intelectuais coletivos permitiria que os conhecimentos não fossem patenteados, ficando livre a sua circulação entre as comunidades tradicionais, aí incluídos os povos indígenas. Haveria também a possibilidade de acessar tais conhecimentos, por exemplo, imaginando que determinado conhecimento pode trazer benefícios a inúmeras pessoas, seria injusto pensar que não se pudesse compartilhar deste saber, logo, poderia ser feito um acordo com uma ou diversas empresas, através de um contrato de repartição de benefícios, para que estas disponibilizassem ao mercado esta importante contribuição. Entretanto, o que esta empresa não poderia fazer é instituir o monopólio deste saber e de sua utilização. Ao que parece se delineia uma solução mais razoável, pois não se veda o acesso a conhecimentos que podem ser importantes a inúmeras pessoas, permite-se a recompensa dos verdadeiros detentores e não se

---

<sup>113</sup> Na verdade, a Constituição Federal reconhece direitos culturais dos indígenas, entretanto, não há lei específica regulando o tema da propriedade intelectual coletiva sobre conhecimentos tradicionais. O mesmo se pode afirmar no plano internacional, reconhece-se o direito entretanto não há mecanismos para sua efetivação.



estabelece um monopólio sobre ele, ficando mais acessíveis a todos o benefício proveniente deste conhecimento.

Em que pese seja este o delineamento de um sistema *sui generis* de direitos intelectuais coletivos das comunidades tradicionais, ao que parece, o que vem se fortalecendo é a idéia posta pela Convenção da Diversidade Biológica, que garante repartição de benefício da biodiversidade através da feitura de contratos. Cita-se o contrato da Merck com o governo da Costa Rica, o contrato da Natura com algumas comunidades tradicionais no Brasil.

Por fim, resta consignar que o que foi exposto acima são meras impressões desta autora relativas ao tema. É certo que para elaboração de um mecanismo alternativo que proteja direitos intelectuais coletivos ou no desenvolvimento de formas de repartição de benefícios faz-se necessário um diálogo amplo entre juristas, os próprios povos indígenas, que são os que melhor entendem de suas necessidades, antropólogos, enfim uma análise multidisciplinar do tema.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Fernando Henrique Ribeiro de. O Saber tradicional: discussões no âmbito da CDB e do Acordo OMC-TRIPS. **Revista Brasileira de Direito Internacional**, Curitiba, v. 4, n. 4, jul/dez. 2006.

ANAYA, S. James. Os Direitos Humanos dos Povos Indígenas. **Povos indígenas e a Lei dos “Branços”: o direito à diferença**. ARAÚJO, Ana Valéria. ET alii (coord). Brasil: Ministério da Educação, Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade; LACED/ Museu Nacional, 2006.

ANTUNES, P.B. **Diversidade Biológica e conhecimento tradicional associado**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002

BARBOSA, Denis Borges. **Uma introdução à propriedade intelectual**. 2ª. Ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.

BARROS, Benedita da Silva (org). et aL. **Proteção aos conhecimentos das sociedades tradicionais**. Belém: Museu Paraense Emílio Goeldi: Centro Universitário do Pará, 2006.

CALDAS, Andressa. **Regulação jurídica do conhecimento tradicional: a conquista dos saberes**. Dissertação de Mestrado em Direito das Relações Sociais. Setor de Ciências Jurídicas. Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2001.

CAMPOS, Anita Pissolito. **Biotecnologia e desenvolvimento: Acesso a recursos genéticos e a Conhecimentos tradicionais associados**. In: XXVIII Seminário Nacional da propriedade intelectual, 2008. São Paulo: ABPI, 2008.

CASTELLI, Pierina Germán. **Governança Internacional do acesso aos Recursos Genéticos e dos saberes tradicionais: para onde estamos caminhando?** In: I Seminário Internacional de Proteção aos conhecimentos das sociedades tradicionais, 2006, Belém.

CASTILHO, Ela Wieko V. de. **Parâmetros para o regime jurídico sui generis de proteção ao conhecimento tradicional associado a recursos biológicos e**

**genéticos.** Disponível em:  
[http://pfdc.pgr.mpf.gov.br/publicações/docs\\_artigos/parâmetros](http://pfdc.pgr.mpf.gov.br/publicações/docs_artigos/parâmetros).

CUNHA, Manoela Carneiro da. **Populações tradicionais e a Convenção da Diversidade Biológica.** Estudos Avançados vol. 13 n. 36. São Paulo: Instituto de Estudos Avançados, 1999. Disponível em:  
[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_issuetoc&pid+0103-401419990002&pt&nrm=isso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_issuetoc&pid+0103-401419990002&pt&nrm=isso).

DEL NERO, Patrícia. **Propriedade intelectual: a tutela jurídica da biotecnologia.** 2.a Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

DOS SANTOS, Anderson Marques. **Patenteamento de elementos genéticos: transformações conceituais e reificação da vida.** Dissertação apresentada à Universidade Federal do Paraná, orientador- Prof. Dr. José Antônio Peres Gediell, Curitiba, 2002.

LAVRATTI, Paula Cerski. **Acesso ao patrimônio Genético e aos conhecimentos tradicionais associados.** Disponível em: [http://www.museu-goeldi.br/institucional/i\\_prop\\_documen.htm](http://www.museu-goeldi.br/institucional/i_prop_documen.htm).

MOREIRA, Eliane. **O direito dos povos tradicionais sobre seus conhecimentos associados à biodiversidade: as distintas dimensões destes direitos e seus cenários de disputa.** In: I Seminário Internacional de Proteção aos conhecimentos das sociedades tradicionais, 2006, Belém.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparado dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano.** São Paulo: Saraiva, 2006.

\_\_\_\_\_. **Igualdade, diferença e direitos humanos.** Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

QUINTAS, Fabio Lima. **Do conhecimento tradicional associado ao patrimônio genético: uma nova espécie de propriedade intelectual?** Disponível em:  
<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=4775>.

ROCHA, Ana Flávia. **Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT).** Disponível no site: [www.socioambiental.org](http://www.socioambiental.org),

SALGADO, Juan Manuel. **El convenio 169 da OIT: comentado y anotado**. 1ª. Ed. Neuquén: EDUCO- Universidad Nacional de Comahue, 2006.

SANTILLI, Juliana. **Socioambientalismo e novos direitos: proteção jurídica à diversidade biológica e cultural**. São Paulo: Petrópolis, 2005.

\_\_\_\_\_. **Regimes legais de proteção e a “pirataria legislativa”: Medida Provisória viola direitos indígenas e legitima a biopirataria em suas terras.** Disponível em: [HTTP://scholar.google.com.br/scholar?q=Biodiversidade+e+conhecimento+tradicionais+Regimes+legais+de+prote%C3%A7%C3%A3o+e+a+%22pirataria+legislativa%22&hl=pt-BR&um+1&ie=UTF-8&oi=scholar](http://scholar.google.com.br/scholar?q=Biodiversidade+e+conhecimento+tradicionais+Regimes+legais+de+prote%C3%A7%C3%A3o+e+a+%22pirataria+legislativa%22&hl=pt-BR&um+1&ie=UTF-8&oi=scholar).

\_\_\_\_\_. **Patrimônio Imaterial e Direitos Intelectuais Coletivos.** In: I Seminário Internacional de Proteção aos conhecimentos das sociedades tradicionais, 2006, Belém.

SHIVA, Vandana. **Biopirataria: a pilhagem da natureza do conhecimento**. Petrópolis: Vozes, 2001

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **O renascer dos povos Indígenas para o Direito**. 1ª. Ed, Curitiba: Juruá, 1999

\_\_\_\_\_. **O direito de ser Povo.** SARMENTO, IKAWA, PIOVESAN. Igualdade, Diferença e Direitos humanos. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

SOUZA SANTOS, Boaventura de. **Para uma concepção intercultural dos Direitos humanos.** SARMENTO, IKAWA, PIOVESAN. Igualdade, Diferença e Direitos humanos. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

“The role of register and databases in the protection of traditional knowledge: a comparative analysis”. Disponível em: [http://www.ias.unu.edu/UNUIAS\\_TKregistersreport.pdf](http://www.ias.unu.edu/UNUIAS_TKregistersreport.pdf).

WANDSCHEER, Clarissa Bueno. **Patentes e Conhecimento Tradicional- Uma abordagem socioambiental da proteção jurídica do conhecimento tradicional**. Curitiba: Juruá, 2004.

**Impactos na legislação nacional na proteção de saberes tradicionais: contribuição para sua reprodução ou mecanismo para sua extinção?** In: XVII Congresso nacional do Conpedi, 2008. Brasília. Disponível em: [http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/anais/brasil/03\\_560.pdf](http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/anais/brasil/03_560.pdf) .

WOLFRUM, Rudiger. **A proteção dos povos indígenas no Direito Internacional**. SARMENTO, IKAWA, PIOVESAN. Igualdade, Diferença e Direitos humanos. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.